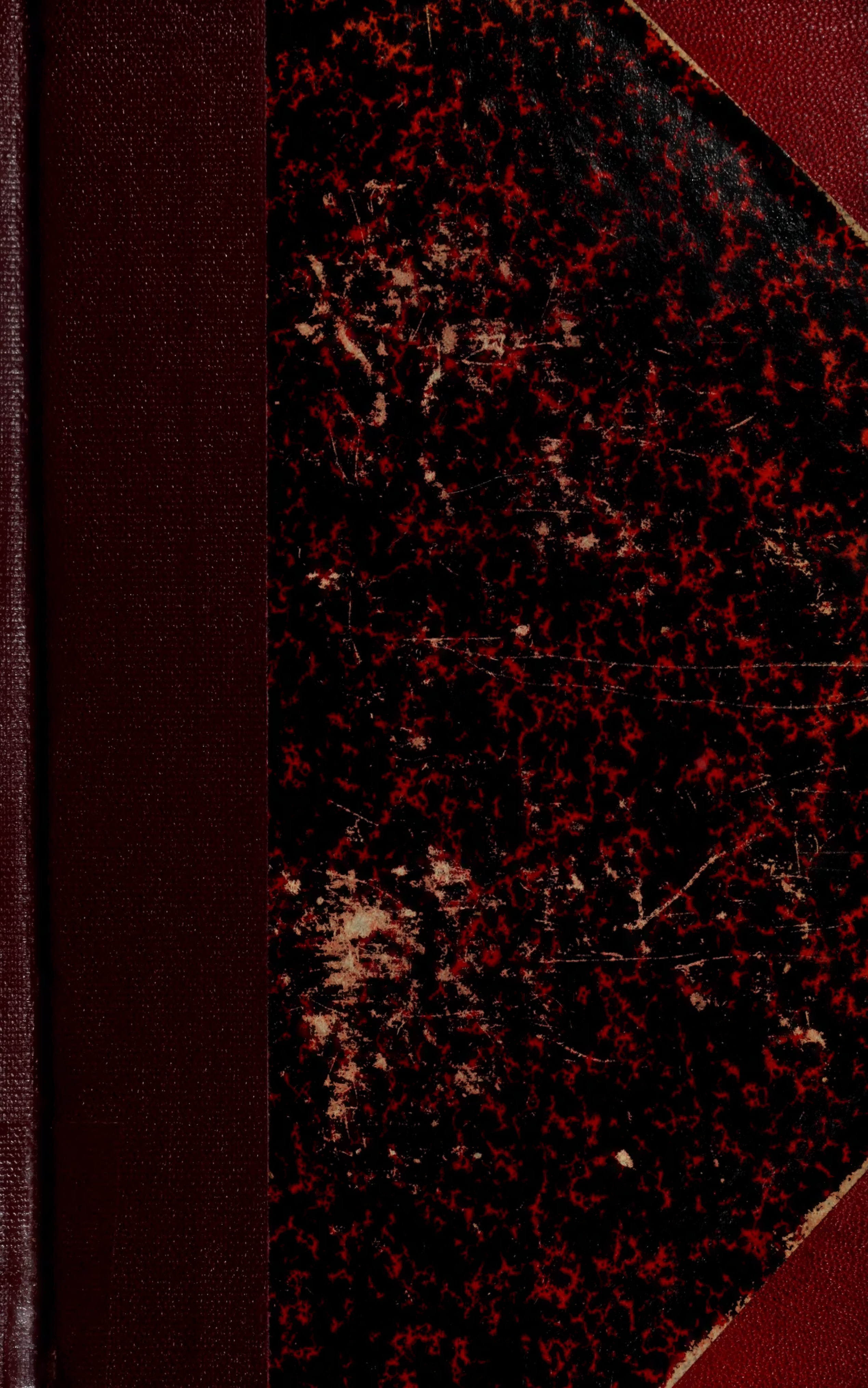


THÉORIE ET PRATIQUE

DES

OBLIGATIONS

V



OUVRAGES DU MÊME AUTEUR

ET A LA MÊME LIBRAIRIE :

TITUS LUCRETIUS CARUS : De Rerum Natura

POÈME DE LUCRÈCE : La Nature

Traduit en vers français, avec le texte latin en regard. — 2e édition, 1879, in-8° : **9** fr.

VIRGILII MARONIS : Georgica

POÈME DE VIRGILE : Les Géorgiques

Traduit en vers français, avec le texte latin en regard

1882, in-8° : **5** fr.

THÉORIE ET PRATIQUE

DES

OBLIGATIONS

OU

COMMENTAIRE

DES TITRES III ET IV, LIVRE III DU CODE CIVIL

ARTICLES 1101 A 1386

PAR M. L. LAROMBIÈRE

Membre de l'Institut
Ancien Premier Président de la Cour d'appel de Paris
Président à la Cour de cassation

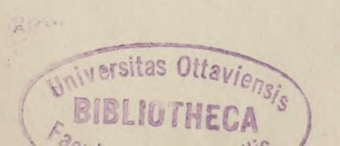
NOUVELLE ÉDITION

TENUE AU COURANT DE LA JURISPRUDENCE

TOME CINQUIÈME

Articles 1271 à 1321

PARIS
A. DURAND ET PEDONE-LAURIEL, Éditeurs
Libraires de la Cour d'appel et de l'Ordre des Avocats
G. PEDONE-LAURIEL, Successeur
13, RUE SOUFFLOT, 13
—
1885



CODE CIVIL

LIVRE III. — TITRE III

DES CONTRATS

OU

DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL

(Décrété le 7 février 1804. Promulgué le 17 du même mois.)

SECTION II.

DE LA NOVATION.

Article 1271.

La novation s'opère de trois manières : — 1° lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte; — 2° lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier; — 3° lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien envers lequel le débiteur se trouve déchargé.

Sommaire.

1. Définition de la novation.
2. Elle s'opère de trois manières.
3. Elle n'est soumise à aucune forme spéciale.
4. Elle suppose une obligation antérieure.
5. *Quid,* si l'objet de cette obligation a péri auparavant?

6. Du cas où l'obligation primitive est soumise à une condition suspensive ou résolutoire.
7. Même en ce cas, la novation peut être pure et simple.
8. Du cas où le second engagement est soumis à une condition suspensive ou résolutoire.
9. Le simple terme est indifférent,
10. Les obligations naturelles peuvent servir de sujet à la novation ;
11. Ainsi que les obligations sujettes à rescision ou à nullité.

COMMENTAIRE.

1. La novation est la transformation, la translation d'une obligation en une autre qui lui est substituée : *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem, vel naturalem transfusio atque translatio* (1). La nouvelle obligation, civile ou simplement naturelle, prend la place de l'ancienne qui, en lui servant de cause, est, en réalité, suivant les expressions d'Argou (2), plutôt changée que détruite. C'est de cette substitution d'une obligation nouvelle à une autre que le mot de novation a été tiré : *novatio enim a* NOVO *nomen accepit, et a* NOVÂ *obligatione* (3).

2. « La novation, dit l'article 1271, s'opère de trois manières : 1° Lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte ;

2° Lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien, qui est déchargé par le créancier ;

3° Lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé. »

Nous appellerons novation réelle celle qui s'opère entre les seules personnes du débiteur et du créancier, par la simple substitution d'une nouvelle dette à l'ancienne. Il n'y a alors,

(1) L. 1, *ff. De nov. et deleg.*
(2) *Instit.*, t. 2, p. 365.
(3) L. 1, *ff. De nov. et deleg.*

en effet, de changé que l'obligation primitive, sans aucun changement dans leurs rapports personnels, en qualité de débiteur et de créancier.

Quant à la novation qui s'opère conformément aux nos 2 et 3 de l'article 1271, nous l'appellerons personnelle, parce qu'elle a lieu par suite de l'intervention d'un nouveau débiteur ou d'un nouveau créancier, et que la substitution d'un nouvel engagement à l'ancien se lie essentiellement à la substitution d'une personne à une autre.

Ces deux modes de novation peuvent parfaitement concourir. Car on comprend très bien qu'une nouvelle et différente obligation peut être substituée à l'ancienne, en même temps qu'un nouveau débiteur ou un nouveau créancier est substitué à l'ancien. Sans être plus complète, quant à ses effets juridiques, la novation présente alors des caractères plus sensibles d'une entière perfection.

3. Quel que soit, au surplus, le mode suivant lequel elle s'effectue, la novation n'est soumise à aucune forme spéciale. Il suffit que les parties en conviennent, et que leur volonté soit clairement manifestée à cet égard, pourvu que l'acte duquel on prétend la faire résulter constitue l'une des trois manières dont elle peut s'opérer, conformément à l'article 1271. Car cet article, en déclarant le caractère essentiel de la novation, détermine aussi les conditions auxquelles on doit le reconnaître. Elle se trouve ainsi soumise à certains principes généraux et particuliers que nous devons exposer dans notre commentaire; et l'examen des questions qui s'y rattachent implique toujours la solution d'une double question : question de droit, en ce qui concerne les caractères légaux des actes propres à la constituer; question de fait, en ce qui touche l'interprétation de ces actes et l'appréciation de la volonté des parties d'opérer novation.

4. Par son nom même, elle suppose l'existence d'une obligation antérieure. Car, si cette obligation n'existait pas, elle

serait nécessairement impossible, puisque alors il ne serait pas vrai qu'une ancienne obligation qui n'existe pas ait éte transformée en une obligation nouvelle. Mais il suffit que l'obligation primitive ait précédé l'autre d'un instant de raison. Tel est le cas où, dans un acte de vente, un tiers intervient et s'oblige à payer le prix au vendeur qui déclare décharger l'acquéreur. L'obligation de ce dernier n'existe que pour être instantanément l'objet d'une novation (1). L'obligation première et sa novation sont alors simultanées; tout se consomme *eodem tempore,* au même moment (2).

Il y a également novation dans l'hypothèse suivante : Un père constitue en dot à sa fille une somme de..., et immédiatement il déclare que pour en tenir lieu il lui abandonne, livre ou donne tel immeuble. Il n'y a de réellement donné que la somme d'argent, et l'immeuble est reçu à titre de dation en payement équivalent à vente, c'est-à-dire à titre de contrat commutatif, puisque la donataire renonce en faveur du donateur à l'action qu'elle avait contre lui en payement de la somme donnée. Si elle a acquis gratuitement d'abord une créance, ce n'est pas gratuitement qu'ensuite elle reçoit l'immeuble. Il suit de là que la donation n'a pour objet principal et direct que la somme constituée; que cette somme est seule soumise à rapport, à l'ouverture de la succession du donateur; que si les époux sont mariés sous le régime dotal, l'immeuble n'est pas dotal (1553); que s'ils sont mariés sous le régime de la communauté, sans doute cet immeuble est propre à celui qui l'a reçu en payement, mais sauf indemnité (1406), c'est-à-dire, à la charge de récompenser la communauté du montant de la somme qui était tombée dans son actif; que la donataire, si elle veut purger l'immeuble, doit offrir, non pas son évaluation, mais la somme en payement de laquelle il lui a été donné; que ce contrat de dation en payement est soumis, comme une

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 553. — Duranton, t. 12, n° 303.
(2) L. 8, § 2, *ff. De nov. et deleg.*

vente ordinaire et non comme une donation de choses immobilières, à la formalité de la transcription commune et générale, pour être efficace à l'égard des tiers. Si l'on suppose enfin que les parties sont convenues d'une estimation, sauf à payer l'excédant d'un côté et à combler le déficit de l'autre, il est encore plus sensible que la somme seule est donnée; que l'immeuble est vendu à dire d'experts, et que cette vente étant soumise à une condition d'expertise, les risques de la chose sont, jusqu'à son estimation, à la charge du prétendu donateur (1182).

5. Mais si l'obligation antérieure était éteinte au moment où la seconde a été contractée, la novation devrait être considérée comme non avenue; et le débiteur aurait, s'il avait payé quelque chose en conséquence du nouvel engagement, l'action en répétition de l'indû contre le créancier.

Cependant, si la chose due avait péri, et que, néanmoins, le débiteur, au lieu d'être libéré, fût responsable de sa perte, la novation postérieure serait valable, parce que alors les dommages et intérêts dus au créancier constituent une dette susceptible de novation (1).

6. Si la dette antérieure est soumise à une condition suspensive, le sort de la novation, même dans le cas d'une nouvelle stipulation pure et simple, dépendra lui-même de l'accomplissement de cette condition. Si la condition manque, comme il n'y a pas d'obligation primitive, il n'y aura pas novation (2).

Si l'obligation antérieure est soumise à une condition résolutoire, la novation sera également subordonnée à la même condition, de telle sorte que si la condition s'accomplit, l'obligation et la novation qu'on a prétendu en faire sont censées n'avoir jamais existé.

(1) Duranton, t. 12, n° 275.

(2) L. 8, § 1. — L. 14, § 1, *ff. De nov. et del.* — Pothier, *Oblig.*, n° 550.

Mais si le corps certain qui fait l'objet de l'obligation soumise à une condition suspensive vient à périr entièrement, sans la faute du débiteur, avant l'accomplissement de cette condition, l'obligation s'évanouit (1182). Dès lors, la condition venant à s'accomplir, la novation est encore réputée non avenue, à défaut d'une première dette qui ait pu lui servir de matière et de cause (1).

Si la chose n'a péri qu'en partie, sans la faute du débiteur, l'obligation subsistant, la novation est valable, à moins que le créancier n'aime mieux la résoudre (1182).

Mais si la perte a eu lieu par la faute du débiteur, la condition se réalisant, les dommages et intérêts dus au créancier servent de base à la novation (2). Il en est de même au cas où la perte est arrivée après sa mise en demeure (3).

7. Quand nous disons que la novation est soumise à la même condition que l'obligation conditionnelle sur laquelle elle porte, ce n'est pas que les parties ne puissent contracter une obligation pure, simple et définitive qui tienne lieu de la première, laquelle est irrévocablement éteinte. Dans ce cas, la nouvelle obligation est indépendante de l'autre, et doit recevoir son exécution, soit que la condition vienne à s'accomplir ou à manquer. Mais il faut que l'intention des contractants soit clairement exprimée; et nous devons, au surplus, remarquer que si la condition suspensive manque, ou si la condition résolutoire s'accomplit, il n'y a pas de novation proprement dite, puisque, à raison de l'effet rétroactif des conditions, l'obligation antérieure est censée n'avoir jamais existé. Il n'y a, en définitive, qu'une seule obligation, et c'est la dernière, qui a été stipulée pour tenir lieu, par une sorte de forfait, des incertitudes aléatoires de la condition (4).

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 550.
(2) Duranton, t. 12, n° 297.
(3) L. 31, *ff. De nov. et deleg.*
(4) Voy. Duranton, t. 12, n° 300.

8. Si le second engagement par lequel on prétend faire novation, était soumis à une condition suspensive ou résolutoire, le premier étant, au contraire, pur et simple, la novation n'existerait que dans le cas où la condition suspensive viendrait à s'accomplir, ou ne serait définitive que dans le cas où la condition résolutoire viendrait à manquer. Il n'y aurait, autrement, aucun engagement qui pût opérer novation du premier.

Mais, durant la condition suspensive, le créancier ne peut agir, ni en vertu de l'ancienne obligation, puisqu'elle est provisoirement éteinte, pour ne renaître que si la condition manque; ni en vertu de la seconde, puisque la condition n'étant pas accomplie, elle n'existe pas encore. Au contraire, si la condition était résolutoire, il pourrait agir en vertu du second engagement qui opère novation, parce que la condition résolutoire ne suspend pas l'exécution.

Il faudra même, pour que la novation existe, si la condition est suspensive, que cette condition à laquelle est subordonnée le second engagement, se vérifie avant l'extinction de la première obligation. Si elle était éteinte, par exemple, par suite de la perte de la chose qui en faisait l'objet, lorsque la condition suspensive du second engagement s'accomplit, il n'y aurait pas de novation. Car le premier engagement n'existerait plus au moment où elle pourrait utilement s'opérer (1). Le débiteur est alors complètement libéré, à moins que le créancier ne se soit, dans cette éventualité, expressément réservé l'exécution de la seconde obligation, nonobstant l'extinction de la première.

Si la condition résolutoire, sous laquelle le second engagement a été contracté, s'accomplit après l'extinction du premier, opérée, par exemple, par la perte de la chose due, le débiteur sera également libéré, et pourra répéter ce qu'il aura payé en vertu de la seconde obligation. Devant être remis au même

(1) L. 14, *ff. De nov. et deleg.* — Pothier, *Oblig.*, n° 551.

état que si cette obligation n'avait jamais existé, il est censé n'avoir contracté que le premier engagement qui est éteint. Il peut se faire, toutefois, que les parties aient entendu substituer à une obligation pure et simple, une obligation conditionnelle, de manière que celle-là soit irrévocablement éteinte, quel que soit ultérieurement le sort de la seconde. Mais, d'une part, il faut que leur intention ne soit pas équivoque à cet égard, et, de l'autre, nous remarquerons que, dans le cas où, par l'événement de la condition à laquelle il est soumis, le second engagement est réputé n'avoir jamais existé, bien loin qu'il y ait alors une novation proprement dite, la libération du débiteur, quant à sa première obligation, est le résultat d'une remise conventionnelle, dont l'existence dépendait de l'événement de la condition.

9. Quant au simple terme, il est indifférent pour la novation. Ainsi, à une dette à terme on peut substituer une dette actuellement exigible, ou à une dette exigible, en substituer une autre à terme. La novation s'opère immédiatement (1), et si la seconde obligation est sans terme, comme la première est éteinte et n'existe plus, le créancier peut agir de suite. Le terme n'est pas censé répété dans le nouvel engagement (2).

10. Les obligations naturelles peuvent servir d'objet à la novation, et être ainsi converties en obligations civiles (3), pourvu, du moins, qu'elles ne soient pas de celles que la loi réprouve, et destitue de toute action, par exemple, les dettes de jeu.

11. Les obligations sujettes à nullité ou à rescision, que la loi romaine classe parmi les obligations naturelles, sont elles-mêmes susceptibles de novation, à la condition que le second

(1) L. 5. — L. 8, § 1, *ff. De nov. et deleg.*

(2) Duranton, t. 12, n° 302.

(3) L. 1, § 1, *ff. De nov. et deleg.* — Pothier, *Oblig.*, n° 554. — Zachariæ, t. 2, p. 390, 1re édit., et t. 4, p. 213, 4e édit. — Duranton, t. 12, n° 293. — Toullier, t. 6, n° 390.

engagement vaudra ratification ou confirmation, en contenant expressément ou tacitement renonciation de la part du débiteur, à se prévaloir du vice qui entachait l'obligation primitive (1). La nullité ou la rescision étant ainsi purgée, il s'opère régulièrement une transformation d'une obligation valable en une autre.

Mais si la novation s'était opérée par la substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien, sans que ce dernier eût, par aucun acte, confirmé ou ratifié son obligation primitive, et que plus tard il en fît prononcer la nullité ou la rescision, le nouveau débiteur aurait contre le créancier la répétition de l'indû, pourvu qu'il se fût engagé par erreur, dans l'ignorance du vice. La novation tombe ainsi dans ce cas.

Article 1272.

La novation ne peut s'opérer qu'entre personnes capables de contracter.

Sommaire.

1. L'article 1272 consacre un principe général.
2. Il importe de distinguer de quel côté se trouve l'incapacité.
3. Les incapables sont habilités, suivant les principes ordinaires, par rapport à l'acte qui doit opérer la novation,
4. Des personnes qui peuvent faire novation.

COMMENTAIRE.

1. L'article 1272 n'est que l'application des principes de droit commun, relatifs aux conditions de capacité requises de la part des parties contractantes.

Il s'ensuit que celui-là seul qui aura été incapable de s'obliger, pourra se prévaloir de son incapacité pour faire annuler

(1) Duranton, t. 12, n° 294. — Zachariæ, t. 2, p. 390, 1re édit., et t. 4, p. 213, 4e édit.

l'acte emportant novation, sans que l'autre partie capable puisse la lui opposer (1125).

2. Les conséquences de cette incapacité ne sont cependant pas les mêmes de la part du débiteur ou du créancier, ainsi que nous le verrons quand nous traiterons des effets de la novation. Si le créancier qui a accepté la novation est incapable de s'obliger, il pourra faire annuler le contrat et le faire réputer non avenu, comme si jamais aucune novation n'avait eu lieu. Mais si c'est le débiteur qui est incapable, cette incapacité, bien qu'elle fonde, en ce qui le concerne, une action en nullité, n'empêche pas que la première dette ne soit absolument et définitivement éteinte, et n'exclut aucune des conséquences de cette extinction, à moins de réserves et de clauses particulières convenues dans cette prévision.

3. Quant aux conditions nécessaires pour habiliter les incapables, lorsqu'il s'agit d'un acte emportant novation, nous nous bornons à renvoyer aux principes généraux du droit, en observant seulement que les formes de leur habilitation devront, en outre, dans certains cas particuliers, être appropriées à la nature spéciale de l'acte qu'il s'agira de consommer. Car, pour certains actes, la loi exige des formalités exceptionnelles qu'elle ne requiert pas pour d'autres.

4. Le créancier et le débiteur ne sont pas les seuls qui puissent, étant capables, faire novation. Le tuteur, le mari, le mandataire général ont ce droit (1), tant activement que passivement. Mais il ne l'exercent que sauf leur responsabilité comme administrateurs, et seulement dans les limites des simples actes d'administration ou des pouvoirs qui leur sont attribués.

La loi romaine disait que celui qui peut recevoir peut faire

(1) L. 20, § 1, l. 34, § 1, *ff. De nov. et deleg.* — POTHIER, *Oblig.*, n° 557.

novation, *cui rectè solvitur is novare potest* (1). Cette règle qui a toujours admis de nombreuses exceptions, est encore plus restreinte sous le Code civil. Ainsi, le mandataire spécial (2), le créancier solidaire (3), quoiqu'ils puissent recevoir, ne peuvent cependant faire novation.

Article 1273.

La novation ne se présume point; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte.

Sommaire.

1. La novation ne se présume point.
2. Les deux obligations doivent être incompatibles. Instrument nouveau.
3. De simples modifications ne suffisent pas,
4. A moins d'expression d'une volonté formelle.
5. Il faut une innovation quelconque.
6. La seconde obligation doit être autre chose que le résultat de l'exécution ou de l'inexécution de la première.
7. La dation en payement emporte novation.
8. L'acceptation par le vendeur de lettres de change en payement du prix n'opère pas novation.
9. De même, de la conversion d'un capital en rente perpétuelle. *Secus*, s'il s'agit d'une rente viagère.
10. Sommes saisies et laissées en dépôt aux mains du tiers débiteur.
11. Conversion du titre opère novation. Exemple.
12. Caractère particulier de la novation, en cas de séparation de patrimoines.
13. La novation ne se présume pas non plus en cas d'expromission.
14. De la substitution d'un nouveau créancier à l'ancien.
15. En ce cas, la formation d'un nouvel engagement est essentielle.

COMMENTAIRE.

1. Comme elle contient renonciation, la novation ne se pré-

(1) L. 10, *ff. De nov. et deleg.*
(2) L. 10, *ff. De solut.*
(3) Voy. art. 1198, nº 13.

sume point (1273). Il faut, ajoute notre article, que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte.

Le droit romain, suivant une constitution de Justinien (1) qui décide plusieurs points controversés, voulait que la novation fût expressément déclarée, et que les parties, en faisant remise de la première obligation, exprimassent formellement qu'elles préféraient la dernière à celle-ci. Notre droit français ne s'est jamais attaché à la rigueur littérale de cette disposition de la loi romaine (2). La loi n'exige donc point l'emploi d'expressions sacramentelles. Des termes équipollents suffisent, pourvu que, par une saine et raisonnable interprétation de l'acte, on y trouve une manifestation claire de l'intention des parties (3).

Elles peuvent même établir leur volonté de faire novation, en prouvant, en dehors de l'acte, l'existence de certains faits qui la confirment, au moyen de témoignages ou de présomptions, dans les cas où ce genre de preuve est admis par la loi (4).

Mais, dans le doute, il faut écarter la novation prétendue. Et le doute résultera toujours d'expressions ambiguës, de circonstances équivoques, de faits susceptibles d'une interprétation contradictoire, et incapables par eux-mêmes d'établir, entre le premier et le second engagement, cette incompatibilité nécessaire qui est à la fois le caractère essentiel et le signe le plus sensible de toute novation.

Remarquons à cet égard que si l'interprétation des actes desquels on prétend faire résulter une novation, et l'appréciation de la volonté des parties de l'opérer, sont des questions de fait abandonnées à la décision souveraine des tribunaux, il

(1) L. 8, C. *De nov.*

(2) Pothier, *Oblig.*, n° 559.

(3) Duranton, t. 12, n° 284. — Toullier, t. 7, n° 277. — Zachariæ, t. 2, p. 391, 1re édit., et t. 4, p. 216, 4e édit.

(4) Cass., 12 nov. 1866. Sirey, 68, 1, 70. — 1er déc. 1873. Sirey, 74, 1, 82.

appartient à la cour de cassation de rechercher, en droit, si les faits par eux établis réunissent les caractères légaux de la novation, tels qu'ils sont définis par la loi. C'est un point de jurisprudence constante (1).

2. Entre le débiteur et le créancier, il n'y aura ainsi point de novation, si, en l'absence d'une expression positive, la seconde obligation n'est pas incompatible avec la première, et ne contient aucun changement, aucune modification de nature à caractériser une transformation véritable, et à signaler la volonté de faire novation.

A cet égard, il faut toujours commencer par bien distinguer l'obligation considérée en elle-même de l'acte destiné à l'établir. Son identité juridique est indépendante des innovations apportées, en ce qui concerne les moyens matériels de sa constatation; et aucune novation ne résulte de la rédaction d'un nouvel instrument, quelle qu'en soit la forme, en remplacement d'un acte antérieur, que les parties ont jugé convenable de lacérer, d'annuler ou de détruire d'une manière ou dans un but quelconque, par exemple, afin de masquer l'état de souffrance de valeurs commerciales. Bien loin de constituer la novation de l'engagement originaire, cette substitution d'un nouvel acte à un autre en est simplement la reconnaissance et la prorogation.

3. Il n'y a donc point novation, lorsque les parties se sont bornées, sans transformer ni dénaturer le titre de la dette, à changer, diminuer, augmenter, ajouter ou remettre une hypothèque, un privilége, un gage, un cautionnement, un terme, une condition, une clause pénale; soit même à élever ou restreindre la quotité de la somme due. C'est

(1) Cass., 29 juillet 1868. Sirey, 69, 1, 36. — 29 nov. 1871. Sirey, 72, 1, 70. — 8 nov. 1875. Sirey, 76, 1, 102. — 20 nov. 1877. Sirey, 78, 1, 71.

une modification de l'ancienne dette, mais ce n'en est pas la novation (1).

Renouveler des billets échus, en y comprenant les intérêts, les frais de renouvellement, de commission et autres accessoires, ce n'est donc pas faire novation; car il y a moins substitution d'une créance à une autre, qu'une opération destinée à proroger le terme de l'échéance, à moins que des circonstances particulières, que les tribunaux peuvent apprécier, n'établissent clairement, de la part des parties, la volonté de faire novation (2).

Lorsqu'on opère des retranchements sur la première obligation, elle est alors simplement réduite. Mais quand on y fait des additions, sans novation, ces additions peuvent constituer autant d'obligations nouvelles, *duæ erunt obligationes* (3).

De même, le simple fait d'avoir, en exécution d'une ouverture de crédit, porté dans un compte courant général des créances d'origine et de nature diverses, en vue d'en présenter l'ensemble et d'en faciliter le règlement, ne saurait tout seul, en l'absence de toute convention de compte courant régulièrement constatée, et isolé de tout autre acte ou circonstance établissant une intention contraire, emporter novation par la substitution d'une nouvelle dette à l'ancienne qui serait éteinte (4).

4. Si de simples modifications et changements, semblables à ceux que nous venons de signaler, sont insuffisants par eux-mêmes pour opérer novation, ils suffisent, néanmoins, pour caractériser une véritable transformation de la créance, lors-

(1) L. 8, C. *De nov.* — MERLIN, Rép., v° *Novation*, § 5. — TOULLIER, t. 7, n° 277. — DURANTON, t. 12, n° 286. — Cass., 8 nov. 1875. SIREY, 76, 1, 102.

(2) Cass., 16 juin 1846. SIREY, 46, 1, 440. — 23 août 1871. SIREY, 71, 1, 133. — Nancy, 5 mars 1873. SIREY, 73, 2, 70.

(3) L. 2, *ff. De nov. et deleg.*

(4) Cass., 29 nov. 1871. SIREY, 72, 1, 70.

que telle a été l'intention clairement manifestée des parties. Il y a, en effet, dans ce cas, ce quelque chose de nouveau, *quid novi* (1), que la loi exige pour que la novation ait lieu, bien que, par elle-même et toute seule, cette innovation à l'ancien engagement soit insuffisante pour caractériser une véritable novation.

5. Il faut donc une innovation quelconque, *quid novi.* Elle est le principe et le fondement de toute novation. Si la seconde obligation était de tous points conforme à la première, elle n'en serait, en réalité, que la confirmation ou la reconnaissance, si même elle ne constitue une seconde obligation semblable à l'autre, dont elle est distincte et indépendante. Mais elle n'établirait pas novation, quoique les parties eussent déclaré expressément vouloir nover.

D'autre part, un simple changement, bien qu'essentiel à la novation, ne suffit pas pour la constituer; il lui faut, en l'absence de toute expression de volonté, une gravité et une importance telles, que les deux obligations soient incompatibles.

6. Quelque radical que soit le changement apporté dans la chose qui fait le sujet de la prestation, il n'établira pas toujours une novation réelle. Ainsi, il n'y aura point novation, lorsque le second engagement ne sera que le résultat de l'inexécution du premier, et sa conversion, à titre de dommages et intérêts ou d'indemnité, en une somme d'argent qui en tienne lieu.

7. Mais, hors ce cas, il y aura novation toutes les fois que le débiteur aura promis ou payé une chose autre que celle qui faisait le sujet du premier engagement. La dation en payement, lorsqu'elle est acceptée purement et simplement par le créancier, opère, en effet, novation, par suite de l'incompatibilité

(1) L. 1, *ff. De nov. et del.* — Instit., *Quibus modis tollitur oblig.*, § 3.

flagrante qui existe entre le premier engagement et le nouveau (1).

8. Y a-t-il novation dans le fait du vendeur qui donne quittance, sans réserves, du prix de vente, en déclarant en même temps recevoir en payement des lettres de change ou autres valeurs? La question a divisé, dans le principe, les auteurs et la jurisprudence. Mais aujourd'hui, il est reconnu qu'il n'y a point novation, parce que la cause de la dette n'a point été changée. Nous ne saurions du reste, mieux faire que de transcrire ici les motifs de l'un des arrêts de la Cour de cassation (2) : « Attendu que, dans l'espèce, le contrat passé entre les parties est un contrat de vente ; qu'il a été stipulé dans ce contrat que le prix de vente serait payable par moitié, en deux effets souscrits à l'instant au profit du vendeur ; que moyennant ces effets, il a été donné quittance à l'acheteur ; qu'on ne saurait induire de ces dernières circonstances que le vendeur a entendu renoncer au droit, qu'il tenait de la loi, de demander la résolution de la vente, en cas de non payement du prix ; qu'elles ne sont point constitutives d'une créance nouvelle, et n'opèrent point l'extinction d'une ancienne créance ; qu'elles ne sont relatives qu'au mode de payement du prix de la vente ; que des stipulations de cette nature, inhérentes et essentielles au contrat de vente, ne sauraient être considérées comme distinctes et séparées du contrat où elles sont inscrites, et de l'engagement dont elles sont une conséquence ; qu'en admettant que, dans l'intention des parties, lorsque la création de lettres de change est stipulée dans un contrat de vente pour faciliter et consommer le payement du prix convenu, elles

(1) DURANTON, t. 12, n° 292. — TOULLIER, t. 7, n°s 282-301. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 391, 1re édit., et t. 4, p. 217, 4e édit. — TROPLONG, *Hyp.*, n° 847.

(2) Cass., 22 juin 1841. SIREY, 41, 1, 473. Arrêt rendu après partage. — *Conf.*, Orléans, 6 sept. 1842. SIREY, 42, 2, 391. — Caen, 3 janv. 1849. SIREY, 49, 2, 640. — Metz, 26 janv. 1854. SIREY, 54, 2, 743. — Lyon, 9 mars 1858. SIREY, 58, 2, 523.

entendent donner à une obligation civile les effets d'une obligation commerciale, il ne s'ensuit pas que la dette soit dénaturée, et qu'il y ait substitution d'une créance à une autre (1). »

Les mêmes principes s'appliquent à tout autre contrat de même nature; et il s'ensuit que le créancier conserve, outre le droit de résolution, les priviléges et hypothèques qui sont attachés à sa créance par la loi ou par la convention.

Cependant, s'agissant d'un prix de vente productif, comme tel, d'intérêts de plein droit, ou sur une simple sommation (1652), si les lettres de change ou billets à ordre n'en contiennent pas la stipulation formelle, les juges peuvent décider que les intérêts n'ont couru, à défaut de protêt, que du jour de la demande en justice. Bien qu'il n'y ait pas eu novation dans la cause et le titre de la créance, néanmoins ses effets et son étendue sont réglés par la convention qui en a fixé le montant en billets, lesquels, par dérogation au droit commun en matière de prix de vente, ne contiennent aucune stipulation d'intérêts. La créance, ainsi fixée, reste donc dans les termes de toute créance ordinaire (2).

Mais nous pensons aussi que les juges, en se fondant sur la commune intention des parties, qu'ils peuvent toujours interpréter d'après les faits de la cause, pourraient, sans violer aucune loi, décider, au contraire, que les billets sont productifs d'intérêts, comme prix ordinaire de vente, soit de plein droit, soit sur une simple sommation, et non pas seulement

(1) MERLIN, Rép., v° *Novation*, § 5. — TROPLONG, *Hyp.*, t. 1, n° 199 *bis*. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 392, n^te 19, 1re édit., et t. 4, p. 218, 4e édit. — Cass., 19 août 1811. SIREY, 13, 1, 451. — 28 juill. 1823. SIREY, 23, 1, 414. — 15 juin 1825. SIREY, 26, 1, 63. — 24 juill. 1828. SIREY, 29, 1, 28. — *Contrà*, DELVINCOURT, t. 2, p. 780. — PERSIL, art. 2103, § 1, n° 6. — DURANTON, t. 12, n° 287, et t. 19, n° 165. — GRENIER, *Hyp.*, t. 2, n° 385.

(2) Cass., 29 nov. 1852. SIREY, 52, 1, 792. — 13 juin 1853. SIREY, 53, 1, 497.

en vertu d'une demande en justice. La question nous semble, en définitive, abandonnée à l'interprétation de l'acte et à l'appréciation des circonstances.

9. On a agité, sous le droit ancien et nouveau, la question de savoir s'il y a novation dans la convention par laquelle le débiteur d'une somme d'argent a constitué une rente à son créancier pour la somme due.

Dans le sens de la novation, on dit que celui qui constitue la rente reçoit le prix de cette constitution; que le créancier, en l'acceptant, paye ce prix et donne ainsi à son débiteur quittance de la somme qu'il lui devait précédemment; qu'il s'établit une compensation entre le prix de la rente dû par le créancier et la somme due antérieurement par le débiteur; que cette quittance et cette compensation éteignant la dette, emporte nécessairement novation.

Ces raisons paraissent très fortes à Pothier (1), pour décider que l'acte par lequel une dette exigible est convertie en une constitution de rente, contient essentiellement novation. Il reconnaissait néanmoins que l'opinion contraire paraissait avoir pour elle le suffrage des auteurs.

C'est celle-ci que nous adoptons sous le Code civil. Bien que, dans la rigoureuse subtilité des principes, la somme précédemment due par le débiteur devienne le prix de la rente constituée, nous croyons cependant que cette considération ne suffit pas pour décider qu'il y a novation. Il n'est pas exact, en effet, de prétendre que le créancier donne quittance de la somme qui lui est due, puisque c'est cette somme qui forme le capital remboursable, en cas de remboursement. Le créancier ne fait que consentir à ne pas l'exiger, moyennant le payement de la rente constituée. C'est donc toujours l'ancienne dette qui subsiste; seulement elle est modifiée, surtout au

(1) *Oblig.*, n° 559.

point de vue des contractants, dans les conditions relatives à son exigibilité (1).

Cependant, la réunion de certaines circonstances, qui sont soumises à l'appréciation des tribunaux, peut caractériser, dans ce cas, une véritable novation; par exemple, lorsque le débiteur, en convertissant sa dette en une rente perpétuelle, donne d'autres hypothèques, d'autres sûretés, augmente ou diminue le capital, introduit enfin dans l'engagement primitif des changements qui révèlent clairement l'intention commune de substituer une dette à une autre.

Il y a, en effet, novation, lorsque le titre a été pleinement dénaturé; par exemple, lorsqu'une somme actuellement exigible ou non a été convertie en une rente viagère, ou qu'un prêt a été converti en dépôt. Les parties n'ont même pas alors besoin d'exprimer leur volonté de faire novation; car leur intention résulte de l'acte lui-même (2).

10. Mais nous ne saurions voir une véritable novation dans l'acte par lequel le créancier déclarerait laisser, à titre de dépôt, la somme qui lui est due, entre les mains du débiteur, pour y être tenue à la disposition des opposants, et être payée à qui par justice il serait ordonné. Bien loin d'innover, une pareille convention n'est que la conséquence de l'inexigibilité de la dette, et la consécration du titre même qui la constitue (3).

Il n'y a non plus aucune novation dans le fait du donateur qui s'étant réservé, à titre de pension viagère, certaines prestations annuelles, comme condition de sa libéralité, consent ensuite à reprendre la jouissance des biens donnés ou du prix qui les représente. Il n'y a là qu'une modification temporaire de la dette quant à son mode de payement, et nullement sa

(1) Voy. art. 1184, nº 19. — Troplong, *Vente*, nº 649. — *Contrà*, Duranton, t. 12, nºs 290 et 303; t. 16, nº 370. — Toullier, t. 7, nºs 280 et 305.

(2) Toullier, t. 7, nºs 279 et 280.

(3) Voy. cep. Toullier, t. 7, p. 338, note.

transformation absolue et définitive par la substitution d'un droit d'usufruit à la rente viagère stipulée (1).

11. Si la conversion parfaite du titre suffit pour emporter novation, c'est que le payement même fictif éteint la dette. Ainsi, il y a novation, lorsque, après règlement fait par un père avec ses enfants, au sujet de la succession de sa femme, leur mère, il retient, à titre d'usufruitier, une partie de ce qu'il leur devait (2). En conséquence, s'il n'y a pas de réserves expresses, l'hypothèque légale est éteinte.

Mais il n'y aurait point novation si, après règlement de compte ou liquidation, le débiteur était resté redevable du reliquat, sans l'être devenu à un titre autre que l'ancien, comme fait un tuteur après compte simple de tutelle.

12. L'article 879 dispose que le droit de demander la séparation des patrimoines ne peut plus être exercé lorsqu'il y a novation dans la créance contre le défunt, par l'acceptation de l'héritier pour débiteur. Le terme de novation employé par cet article n'est pas pris ici dans le sens rigoureux qu'il présente, quand il s'agit de l'extinction des obligations. La novation dont s'occupe l'article 879 n'exige donc point les mêmes conditions, ni n'entraîne les mêmes conséquences que celle dont nous traitons ici. Elle existera, toutes les fois que le créancier aura fait avec l'héritier ou contre lui des actes tels, qu'ils supposent nécessairement qu'il l'a considéré comme personnellement engagé envers lui, sans que, d'ailleurs, la dette de la succession soit, par ce seul fait, réputée éteinte par une novation proprement dite (3).

(1) Cass., 17 déc. 1862. Sirey, 63, 1, 247.

(2) Troplong, *Hyp.*, n° 576, note. — Cass., 3 déc. 1834. Sirey, 35, 1, 51. — Paris, 15 janv. 1836. Sirey, 36, 2, 158. — Cass., 17 nov. 1837. Sirey, 38, 1, 124. — Paris, 9 mars 1844. Sirey, 44, 2, 497. — Douai, 21 août 1844. — Sirey, 44, 2, 498. — 4 mai 1846. Sirey, 46, 2, 470.

(3) Pothier, *Successions*, ch. 5, art. 4. — Toullier, t. 7, n° 283. —

13. La novation ne se présume point également dans le cas de novation personnelle, c'est-à-dire lorsqu'elle résulte de la substitution d'un nouveau débiteur ou d'un nouveau créancier.

Ce qui caractérise ici la novation par substition de personne, c'est la décharge de l'ancien débiteur. Si, lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien, ce dernier n'est pas déchargé, il n'y a pas novation, et l'accession du nouveau débiteur, *adpromissor*, ne fait que donner au créancier un obligé de plus. Alors, au contraire, que l'ancien débiteur est déchargé par le créancier, le nouveau débiteur, *expromissor*, étant obligé à sa place, il s'opère une sorte de novation, qu'on appelle en droit expromission, *expromissio*.

Il n'existe aucun terme sacramentel pour exprimer que l'ancien débiteur est déchargé. Il suffit qu'il résulte clairement de l'acte, quelles qu'en soient les expressions, que la volonté du créancier a été de le rendre quitte et libéré de sa dette, moyennant l'engagement du nouveau débiteur. Tel est le cas où je déclare me contenter de l'obligation nouvelle, me tenir pour satisfait, etc. (1).

La novation n'en existerait pas moins, quoique l'ancien débiteur se fût porté caution du nouvel obligé. Ce cautionnement même ne fait que la caractériser de plus en plus.

14. Lorsque la novation s'opère par la substitution d'un nouveau créancier à l'ancien, l'opération est plus compliquée. En définitive, le débiteur doit être déchargé envers l'ancien créancier, et ne rester obligé qu'envers le nouveau. Mais cette décharge doit essentiellement avoir lieu par l'effet d'un nouvel engagement; car l'on comprend très bien que la substitution d'un créancier à un autre est insuffisante par elle-même pour emporter novation, et que, toute seule, elle n'a d'autre résultat

FAVARD, Rép., v° *Novation*. — DURANTON, t. 7, n°s 494 et suiv. — ZACHARIÆ, t. 4, p. 318, 1re édit., et t. 6, p. 472, 4e édit. — Cass., 3 février 1857. SIREY, 57, 1, 321.

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 559.

que de faire passer, sans les dénaturer, les droits de l'un à l'autre.

Mais, lorsque le débiteur contracte un nouvel engagement envers un nouveau créancier qui est substitué à l'ancien, il y a réellement un changement qui porte sur l'obligation primitive; et la décharge du débiteur envers l'ancien créancier, au lieu d'être le principe de la novation, n'en est, au contraire, que la conséquence.

15. C'est l'existence de ce nouvel engagement qui distingue ici la novation des autres actes, tels que la cession, la délégation, par lesquels un créancier transfère ses droits à un autre. Lors donc qu'il y a substitution de créanciers, il faut rechercher avec soin comment s'est opéré cette substitution. S'il y a eu simple transmission de droits, il n'y a pas novation; mais si, par l'effet d'un nouvel engagement, un créancier a été substitué à un autre, il y a novation véritable.

C'est la formation de ce nouvel engagement qu'il faut constater; et, comme il émane de l'obligé, c'est surtout à l'appréciation des actes de ce dernier qu'il faut s'attacher, en les rapprochant de ceux des autres parties, et en ayant soin de ne pas confondre l'engagement par lui contracté envers un nouveau créancier, avec l'acceptation simple d'une transmission de droits effectuée par le créancier originaire. Lorsqu'il n'y a qu'une translation de créance, le créancier prend l'initiative, et le débiteur, qui ne peut s'y opposer, n'intervient que pour adhérer et accepter; alors, au contraire, qu'il y a novation par l'effet d'un nouvel engagement contracté envers un tiers substitué à l'ancien créancier, c'est le débiteur qui prend librement l'initiative de ce nouvel engagement, et les autres, qui peuvent s'y refuser, ne font qu'y donner leur adhésion.

Il est indifférent que ce nouvel engagement ait pour objet une prestation semblable à celle de l'obligation première, ou une prestation entièrement différente. Si dans ce dernier cas,

la novation est plus sensible, elle n'en est pas moins réelle dans le premier.

Peu importe encore que l'ancien créancier intervienne comme caution du débiteur pour l'exécution du nouvel engagement. La novation n'en est que mieux marquée.

L'on comprend enfin que la novation résultant de la substitution d'un nouveau créancier, peut concourir avec celle qui s'opère par la substitution d'un nouveau débiteur. Ceci a lieu toutes les fois que le nouveau créancier avait pour débiteur le créancier primitif, lequel est déchargé à son égard, moyennant le nouvel engagement du nouveau débiteur, qui est lui-même déchargé envers le créancier primitif dont il était le débiteur. Il y a, en effet, extinction, par voie de novation, de deux dettes, de celle de l'ancien créancier envers le nouveau, et de celle du nouveau débiteur envers l'ancien créancier.

Article 1274.

La novation par la substitution d'un nouveau débiteur peut s'opérer sans le concours du premier débiteur.

Sommaire.

1. Un nouveau débiteur peut être substitué sans le consentement de l'ancien ;
2. Mais non sans le consentement du créancier.

COMMENTAIRE.

1. De même qu'une obligation peut être acquittée par un tiers intéressé ou non, pourvu qu'il ne soit pas subrogé aux droits du créancier (1236), de même, la novation peut s'opérer par la substitution d'un nouveau débiteur, sans le consentement du nouveau débiteur (1274). Vous me libérez, en effet, en vous engageant à ma place, même malgré moi; *liberat me is qui quod debeo promittit, etiam nolim* (1).

(1) L. 8, § 5, *ff. De nov. et deleg.*

C'est le cas de l'expromission où, par suite de l'engagement contracté par un nouveau débiteur, le premier se trouve déchargé par le créancier, sans préjudice du recours que le nouveau débiteur peut exercer contre l'autre, à raison du bénéfice qu'il lui a procuré, à titre de gérant d'affaires, *negotiorum gestor*, et non à titre de subrogé. Car la subrogation qui maintient la créance, est incompatible avec la novation qui l'éteint.

2. Mais la novation qui s'opère par la substitution d'un nouveau débiteur ne peut évidemment avoir lieu sans le consentement du créancier. Car il ne peut être contraint d'accepter pour débiteur une autre personne dont les conditions de solvabilité sont différentes.

Quant aux autres cas de novation, le concours et le consentement de toutes parties sont indispensables, parce qu'ils supposent un nouvel engagement qui ne peut se former sans la volonté de celui qui le contracte, ni sans la volonté de ceux qui l'acceptent.

Article 1275.

La délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur, qui s'oblige envers le créancier, n'opère point de novation, si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation.

Sommaire.

1. Définition de la délégation. Ce qui la constitue.
2. Le consentement des parties peut intervenir en des temps différents.
3. Si la délégation peut être révoquée, tant qu'elle n'a pas été acceptée.
4. Le plus souvent le délégant est créancier du délégué. *Quid*, s'il ne l'est pas?
5. Le débiteur primitif doit être déchargé pour qu'il y ait novation.
6. Comment s'explique cette décharge.

7. Il peut résulter une double novation.
8. Si le débiteur n'est pas déchargé, il n'y a pas novation.
9. *Quid*, si la délégation est sous condition suspensive?

COMMENTAIRE.

1. Nous venons de voir que la novation qui a lieu par la substitution d'un nouveau débiteur, peut s'opérer, en cas d'expromission, sans le concours du premier débiteur (1274). Nous allons montrer maintenant qu'elle ne peut, en cas de délégation, avoir lieu que de son consentement.

La délégation n'est, en effet, de la part du débiteur, que l'indication faite au créancier d'une personne qui doit payer à sa place. Déléguer, c'est donner au créancier un nouvel obligé au lieu et place de l'ancien : *Delegare est vice suâ alium reum dare creditori* (1).

Ce contrat de délégation suppose ainsi, pour son entière perfection, le concours de trois personnes, le délégant qui est le débiteur, le délégataire qui est le créancier, et le délégué qui est le nouveau débiteur. Ces trois personnes doivent y concourir, et chacune d'elles y apporter son consentement. Autrement, la délégation est imparfaite, puisqu'elle n'établit pas entre toutes un lien commun de droit (2). Elle constitue alors une cession, ou une simple indication.

Nous disons que le délégué doit s'obliger envers le créancier à qui la délégation est faite. L'article 1275 le suppose en termes formels. Au contraire, en cas de cession, le consentement du débiteur cédé n'est pas exigé par la loi, sauf au cessionnaire, dans le cas où celui-ci n'a pas accepté le transport, à le lui faire notifier, pour être saisi de la créance envers lui et envers les tiers (1690).

Le consentement du créancier délégataire est d'une nécessité encore plus impérieuse et plus évidente. Car il ne saurait

(1) L. 11, *ff. De nov. et deleg.*
(2) Cass., 2 juillet 1867. SIREY, 67, 1, 382.

être contraint d'accepter un nouveau débiteur, quand bien même le délégant n'exigerait pas de lui sa décharge. Mais le tiers que celui-ci entend déléguer peut toujours, sur le refus du créancier d'accepter la délégation, acquitter immédiatement la dette au lieu et place du débiteur conformément à l'article 1236.

2. Il n'est pas nécessaire que le délégant, le délégataire et le délégué donnent en même temps leurs consentements. Ainsi, le délégué peut adhérer plus tard, et le délégant peut lui-même ratifier postérieurement la stipulation que son créancier aurait faite de la part du délégué, que celui-ci payera à sa décharge, en son lieu et place (1). Le délégataire peut, enfin, accepter la délégation faite en sa faveur, en son absence.

3. Lorsque la délégation a été stipulée en l'absence et sans le concours de l'une des parties dont le consentement est nécessaire pour son entière perfection, elle peut, tant que cette partie n'y a pas donné son adhésion, être révoquée du mutuel consentement des autres parties contractantes. Elle peut même l'être par la seule volonté de la partie qui l'a stipulée, si l'autre y est sans intérêt juridique. Mais aussitôt que le tiers, en l'absence duquel elle avait été stipulée, a déclaré l'accepter, elle ne peut être révoquée malgré lui, même du consentement des deux autres. Il convient, en effet, d'appliquer ici les dispositions de l'article 1121, relatives aux stipulations faites au profit de tiers étrangers.

4. Le plus souvent le délégant est créancier du délégué. Son but, en l'assignant comme débiteur au délégataire, est alors de se procurer avec plus de facilité, mais sans rien recevoir, le payement de sa propre dette, par l'intermédiaire de son débiteur, et, en même temps, la libération de ce dernier envers lui, par le remboursement de son créancier. La délé-

(1) L. 22, *ff. De nov. et deleg.*

gation condense ainsi, en résumant les rapports des personnes, les effets de leur opération commune, de telle sorte que le payement effectué par le délégué éteint deux dettes, celle du délégué envers le délégant, et celle du délégant envers le délégataire, conformément aux règles ordinaires de l'imputation légale.

Mais il n'est pas indispensable que le délégant soit créancier du délégué. Ce dernier peut ne rien lui devoir, et la délégation acceptée n'en est pas moins parfaite. Seulement, le payement opéré par le délégué a pour résultat de le constituer à son tour créancier du délégant.

Autrefois, d'après les principes du droit romain, si le délégué, se croyant par erreur débiteur du délégant s'était obligé, dans cette fausse croyance, envers le délégataire, et que ce dernier fût véritablement créancier, et non donataire direct ou indirect, à moins qu'il n'y eût mauvaise foi de sa part, le délégué, disons-nous, ne pouvait se dispenser de le payer, sauf son recours contre le délégant (1). Mais aujourd'hui il ne nous paraît forclos du droit de répéter, soit son obligation, soit le payement, contre le délégataire, que si, par suite de la délégation, ce dernier a, de bonne foi, supprimé son titre, en recevant ce qui lui était dû (2). Du reste, nous reviendrons sur ce point (3).

5. Voyons à présent sous quelles conditions la délégation opère novation de la créance.

Il faut, avant tout, rappeler que la novation qui a lieu par voie de délégation, n'est autre que celle qui s'opère par la substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien. Or, il faut que celui-ci soit déchargé par le créancier. La délégation, même parfaite, ne produira donc novation que lorsque cette décharge

(1) L. 12, *ff. De nov. et deleg.* — *Conf.*, Pothier, *Oblig.*, n° 566. — Toullier, t. 7, n° 291.

(2) Duranton, t. 12, n°s 330 et suiv.

(3) Art. 1377, n° 5.

aura été convenue. Telle est la disposition formelle de l'article 1275.

6. Cet article exige même que le créancier déclare expressément qu'il entend décharger son débiteur qui a fait la délégation. Cette décharge doit donc être expresse, et résulter des termes mêmes de l'acte, sans que les juges puissent la faire tacitement résulter des indices d'une volonté qui ne s'est pas nettement et clairement révélée.

Mais, en repoussant toute appréciation d'intention qui ne serait qu'implicite, et en exigeant une déclaration expresse, l'article 1275 n'impose aucune expression sacramentelle. Il suffit que l'acte exprime l'intention, de la part du délégataire, de tenir l'ancien débiteur pour quitte et libéré envers lui (1).

7. Lorsque la délégation est parfaite et que le créancier a expressément déclaré décharger son débiteur qui a fait la délégation, il en résulte une double novation. Il y a novation, d'abord du délégant au délégataire, par la substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien qui est déchargé ; il y a ensuite novation du délégant au délégué, s'il est lui-même débiteur du premier, par la substitution qui s'est opérée, par suite du nouvel engagement résultant de l'acceptation de la délégation, d'un nouveau créancier, qui est le délégataire, à l'ancien créancier envers lequel le débiteur délégué se trouve déchargé (2).

8. Mais, lorsque le débiteur délégant n'a pas été expressément déchargé par le créancier délégataire, outre que, dans ce cas, il n'y a pas novation, ce dernier, s'il n'est pas payé par le délégué, aura un recours à exercer contre le délégant. Celui-ci continue, en effet, d'être obligé, nonobstant l'acces-

(1) Zachariæ, t. 2, p. 393, n[te] 26, 1[re] édit., et t. 4, p. 219, 4[e] édit. — Duranton, t. 12, n° 324. — Toullier, t. 7, n° 290. — Voy. Poitiers, 18 janvier 1864. Sirey, 64, 2, 198.

(2) Pothier, *Oblig.*, n° 565.

sion du nouveau débiteur qui a accepté la délégation. Il doit en conséquence payer la dette, si le délégué pour lequel il est censé répondre ne la paye pas lui-même.

Le créancier qui n'a point déchargé le débiteur retire ainsi de la délégation faite à son profit l'avantage de conserver ses droits contre le délégant, en même temps qu'il en acquiert d'autres contre le délégué. Et ces nouveaux droits, il les fera valoir avec toutes les garanties qui peuvent y être spécialement attachées, soit que déjà elles aient existé à l'égard du délégant, soit qu'elles aient été stipulées du délégué au moment de la délégation (1).

9. Si la délégation parfaite, avec novation, est sous condition suspensive, le débiteur délégant ne sera libéré que par l'événement de la condition, sans qu'il puisse cependant être poursuivi par le délégataire tant que la condition n'est pas accomplie. Le délégué ne peut non plus être poursuivi, ni par le délégant, ni par le délégataire; car il est incertain, jusqu'à l'accomplissement de la condition, si la novation qui substitue un débiteur à un autre se réalisera, et on ne sait encore qui, en définitive, sera respectivement débiteur ou créancier. Dans cette situation expectante, la condition vaut terme pour l'une et l'autre dette, du délégant au délégué, et du délégataire au délégant ou au délégué (2).

ARTICLE 1276.

Le créancier qui a déchargé le débiteur par qui a été faite la délégation, n'a point de recours contre ce débiteur si le délégué devient insolvable, à moins que l'acte n'en contienne une réserve expresse, ou que le délégué ne fût déjà en faillite ouverte, ou tombé en déconfiture au moment de la délégation.

(1) Cass., 12 juill. 1881. SIREY, 83, 1, 409.
(2) L. 36, *ff. De rebus cred.* — POTHIER, *Oblig.*, n° 567.

Sommaire.

1. En quels cas le délégataire a un recours contre le délégant.
2. Ce recours n'a aucune des garanties de l'ancienne créance.
3. Il importe de distinguer la cession de la délégation.
4. Comment le délégataire est saisi à l'égard des tiers.

COMMENTAIRE.

1. La novation qui résulte de la délégation parfaite, avec décharge du débiteur délégant, a un caractère irrévocable et définitif. Le créancier qui a déchargé le débiteur par qui a été faite la délégation n'a donc point de recours contre lui, si le délégué devient insolvable (1276). L'obligation du premier débiteur étant éteinte, le délégataire n'a désormais d'action que contre celui qui lui a été substitué par l'effet de la délégation, à moins que l'acte n'en contienne une réserve expresse (1276).

La rigueur des principes semble exiger que le créancier n'ait de recours contre le délégant que dans ce dernier cas; cependant la loi lui reconnaît ce droit, si le délégué était déjà en faillite ouverte ou tombé en déconfiture, au moment de la délégation (1276). Le législateur a pensé que s'il avait dans ce cas déchargé le débiteur, ce n'était que sous la garantie de sa part de la solvabilité actuelle du délégué.

Mais il faut que le créancier ait ignoré la faillite ou la déconfiture du délégué. S'il l'avait connue, il serait censé avoir renoncé à tout recours et s'être chargé des risques de l'insolvabilité (1).

Quant au délégant, il est indifférent qu'il ait connu ou ignoré la faillite ou la déconfiture du délégué.

En disant, au moment de la délégation, la loi veut dire, au moment où, par le concours de tous les consentements néces-

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 569. — Zachariæ, t. 2, p. 396, n^te^ 37, 1re édit., et t. 4, p. 222, 4e édit. — Duranton, t. 12, n° 325.

saires à sa perfection, la délégation est devenue parfaite et a opéré novation (1). Or, l'on sait que la délégation peut s'achever dans un autre moment que celui où elle commence.

2. La loi n'ouvre ici au délégataire qu'un simple recours. Et pour l'exercice de ce recours, dans le cas même où il se l'est expressément réservé, il ne peut faire valoir aucune des garanties attachées à l'ancienne dette (2). Elle a été, en effet, éteinte par la novation, quant au principal et quant aux accessoires, à moins qu'il n'ait fait des réserves expresses.

3. Il importe de distinguer la cession de la délégation ; car le cédant ne répond de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y est engagé, et jusqu'à concurrence seulement du prix qu'il a retiré de la créance (1694). Cette différence tient aux caractères particuliers de ces contrats. Par la délégation, le créancier délégataire ne veut qu'obtenir le payement de sa créance, comme le débiteur délégant n'entend lui-même que mieux l'assurer. Voilà pourquoi ce dernier répond de la solvabilité du débiteur délégué, à moins qu'il n'ait été donné décharge par le créancier délégataire. Voilà aussi pourquoi celui-ci a un recours contre le délégant, même dans le cas où il l'a déchargé, si le débiteur délégué était déjà en faillite ouverte ou tombé en déconfiture au moment de la délégation.

Au contraire, par le moyen de la cession, qui offre des caractères plus ou moins marqués de spéculation, le cessionnaire entend acquérir la propriété de la créance, comme le débiteur cédant est lui-même dans l'intention de la lui transmettre, quand il l'a pour créancier. Et c'est une conséquence de cette transmission de propriété, qui est la fin du contrat, que le cédant ne garantisse que l'existence de la créance, sans qu'il soit tenu de répondre de la solvabilité du débiteur, laquelle

(1) Zachariæ, t. 2, p. 396, nte 38, 1re édit., et t. 4, p. 222, 4e édit.
(2) Zachariæ, t. 2, p. 396, 1re édit., et t. 4, p. 222, 4e édit. — Duranton, t. 12, nos 327 et 328.

constitue les risques inhérents à la chose même dont la propriété est transférée.

Or, il arrive souvent qu'une véritable délégation s'exprime par des termes propres, en apparence, à qualifier une cession, et que, au contraire, une cession se traduit par des termes qui ne conviennent qu'à une délégation. Il faut alors interpréter le contrat par la volonté des parties, le but et le fond de l'acte, plutôt que par le sens littéral des expressions qui ont été employées. Il faut surtout s'attacher, dans ce qu'ils ont d'essentiel, aux caractères particuliers qui distinguent la cession de la délégation. Les parties ont-elles entendu, l'une acquérir une créance, et l'autre la transmettre? La perfection du contrat est-elle indépendante de l'adhésion du tiers débiteur? Y a-t-il un prix payé d'avance ou payable plus tard? Alors c'est une cession ou une dation en payement.

Mais si les parties ont eu l'intention, l'une de mieux assurer, et l'autre d'obtenir plus facilement le payement de la créance; si, pour son entière perfection, le contrat suppose l'adhésion d'un tiers débiteur qui est indiqué comme chargé de payer; si, au lieu d'un prix de transport, il n'y a qu'une créance qu'un tiers indiqué doit acquitter; dans ce cas c'est une délégation.

4. Quoi qu'il en soit, dans le cas même de délégation parfaite, emportant novation, le délégataire n'est saisi à l'égard des tiers, de même que le cessionnaire, que par l'acceptation du délégué dans un acte authentique (1690). Et ces tiers sont les autres créanciers du délégant, soit de nouveaux délégataires ou cessionnaires (1). Mais il est également saisi par la signification qu'il fait de la délégation au délégué, soit pour suppléer son acceptation, soit pour la compléter, à l'égard des tiers, si elle a eu lieu seulement par acte sous signature privée.

(1) Toullier, t. 7, n° 285. — Agen, 2 déc. 1851. Sirey, 51, 2, 678.

ARTICLE 1277.

La simple indication faite par le débiteur, d'une personne qui doit payer à sa place, n'opère point novation. — Il en est de même de la simple indication faite par le créancier, d'une personne qui doit recevoir pour lui.

Sommaire.

1. Pourquoi la simple indication n'emporte pas novation.
2. Ses effets.
3. Le créancier indiqué ne peut prendre inscription avant d'avoir accepté la délégation.

COMMENTAIRE.

1. Si la délégation parfaite, c'est-à-dire celle qui est formée par le triple concours du délégant, du délégataire et du délégué, n'emporte point par elle-même novation ; si, pour qu'elle produise cet effet, il faut que le créancier ait expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui fait la délégation, à plus forte raison, la délégation imparfaite est-elle insuffisante pour constituer une novation.

La simple indication faite par le débiteur d'une personne qui doit payer à sa place, n'opère donc point novation (1277). La novation ne pourrait, en effet, résulter, dans ce cas, que de la substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien, qui serait déchargé par le créancier. Or, outre que l'indication d'un tiers débiteur qui ne contracte personnellement aucune obligation envers le créancier, ne substitue pas par elle-même ce tiers à l'ancien débiteur, ce dernier n'est point déchargé par le créancier. La novation manque ainsi de ses conditions essentielles.

Il en est de même de la simple indication faite par le créancier, d'une personne qui doit recevoir pour lui (1277). Dans

ce cas, en effet, il n'y a aucun nouvel engagement, par suite duquel un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé.

2. Mais, dans l'un et l'autre cas, cette délégation imparfaite ne laisse pas de produire les effets qui lui sont propres. Ainsi, elle vaut pour le tiers délégué, mandat de payer entre les mains de la personne qui lui a été indiquée pour recevoir; et elle vaut pour cette dernière, mandat de recevoir des mains du tiers débiteur qui est chargé de payer. Mais l'indiquant demeure toujours le véritable créancier, de même que l'indiqué reste son débiteur (1).

Et, dans le cas même où l'indication a lieu dans son intérêt personnel, le délégataire n'est saisi des sommes déléguées, à l'égard des tiers, que par une signification de la délégation faite au délégué, ou par son acceptation par acte authentique, comme au cas de cession (1690).

3. Le créancier délégué ou indiqué pour recevoir dans un acte où il n'a pas été partie, ne peut, tant qu'il n'a pas formellement accepté la délégation, qui jusque-là ne constitue pour lui aucun titre, prendre en son nom inscription sur les biens du tiers débiteur délégué. Cette inscription ne vaudrait même pas acceptation de sa part; car elle n'est qu'une mesure conservatoire, qui suppose un titre préexistant, et ne peut ni le suppléer, ni le former, le délégant pouvant toujours révoquer la délégation, nonobstant toute inscription que le délégataire aurait pu prendre, et qu'il rend inutile par sa révocation (2).

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 569, et *Vente*, n° 551.

(2) Troplong, *Hyp.*, n° 368. — Toullier, t. 7, n° 289. — Grenier, *Hyp.*, t. 2, n° 388. — Duvergier, *Vente*, n° 241. — Cass., 21 fév. 1810. Sirey, 10, 1, 209. — Metz, 24 nov. 1820. Sirey, 21, 2, 315. — Aix, 27 juill. 1846. Sirey, 46, 2, 443. — Cass., 7 mars 1865. Sirey, 65, 1, 165.

Article 1278.

Les priviléges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée, à moins que le créancier ne les ait expressément réservés.

Sommaire.

1. La novation éteint la dette. Conséquences.
2. Suite, quant aux intérêts.
3. Elle suppose une renonciation. Mais la seconde obligation doit avoir une existence civile ou naturelle.
4. La novation est nulle, si, de la part du créancier, le second engagement est entaché de nullité ou de rescision.
5. Hors ces cas, elle produit une extinction définitive. Ainsi, en cas d'annulation du second engagement pour vices personnels au débiteur.
6. Ainsi, en cas d'éviction après dation en payement.
7. Suite, quand la dation en payement constitue au fond un échange.
8. Le créancier a néanmoins un recours après l'annulation du second engagement.
9. Suite, au cas de dation en payement.
10. Si la seconde obligation n'a aucune existence civile ou naturelle, la première n'a jamais été éteinte.
11. Les priviléges et hypothèques réservés ne peuvent nuire aux tiers.
12. Cette réserve n'a pas d'expressions sacramentelles.
13. Il est prudent de réserver ses droits, pour le cas où le second engagement serait inefficace.
14. Du cas où le second engagement est conditionnel.

COMMENTAIRE.

1. Après avoir indiqué les différentes manières dont s'opère la novation, nous devons en expliquer les effets.

De quelque manière qu'elle ait lieu, la novation emporte extinction de l'obligation primitive. Nous verrons plus loin quels sont les caractères de cette extinction.

Il en résulte que les priviléges et hypothèques de l'ancienne

créance ne passent point à celle qui lui est substituée, à moins que le créancier ne les ait expressément réservés (1278). Libre d'accomplir ou non les actes qui opèrent novation, il peut, en effet, n'y consentir que sous telle ou telle condition qu'il lui plaît de stipuler pour la garantie de ses droits.

La solidarité périt de même par la novation, et elle ne passe pas de plein droit à la nouvelle créance, quand bien même la novation aurait été faite avec tous les engagés. La nouvelle créance ne tire, en effet, que d'elle-même sa force et son étendue (1). Mais il est alors souvent plus aisé d'induire de ses termes une réserve de la solidarité.

2. Les intérêts que produisait l'ancienne créance, cessent de courir (2), à moins, sans doute, que la nouvelle obligation n'en produise elle-même. Mais si une dette commerciale a été substituée à une dette civile, les intérêts seront ceux d'une dette commerciale, et si, au contraire, une dette civile a été substituée à une dette commerciale, les intérêts seront de nature civile (3).

3. La novation et l'extinction de l'obligation qui en est la conséquence immédiate, ont leur principe dans la renonciation volontaire que le créancier est censé faire au bénéfice de l'obligation primitive. Et cette renonciation a elle-même sa cause dans l'existence de l'obligation nouvelle qui est substituée à l'ancienne.

Mais il faut que cette nouvelle obligation ait une existence civile, ou tout au moins naturelle (4); car si elle n'existait ni civilement ni naturellement, la novation, étant sans cause, serait censée non avenue, et la première obligation serait considérée comme n'ayant jamais été éteinte (5).

(1) Rodière, n° 66.
(2) L. 18, *ff. De nov. et deleg.*
(3) Cass., 24 mars 1841. Sirey, 41, 1, 643.
(4) L. 1, *ff. De nov. et deleg.*
(5) Zachariæ, t. 2, p. 394, 1re édit., et t. 4, p. 213, 4e édit. — Toullier, t. 7, n° 299.

Tel est le cas où la nouvelle obligation est contractée sous la condition d'une chose impossible, contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi.

Tel est encore le cas où la chose abandonnée en payement était périe en totalité, au moment où la novation qui résulte de la dation en payement a été opérée. L'article 1601 déclare, en effet, qu'alors la vente est nulle. Mais il ne faut pas assimiler à ce cas celui où une partie seulement de la chose est périe, parce qu'il est dans cette hypothèse, au choix du créancier, considéré comme acquéreur, d'abandonner la dation en payement, ou de demander la partie conservée, en faisant déterminer par ventilation le prix, qui n'est autre que la somme pour laquelle la chose a été délaissée (1601). Cette dernière hypothèse doit être assimilée à celle d'une éviction soufferte, que nous examinerons bientôt (1).

4. La novation serait également sans cause, et la première obligation réputée non éteinte, si la nouvelle obligation était entachée, de la part du créancier, de vices de consentement capables d'en faire prononcer la nullité. Si, par exemple, le consentement du créancier a été donné en état d'incapacité, surpris par dol, determiné par erreur, arraché par violence, par cela même qu'il aura obtenu l'annulation de l'obligation nouvelle d'où résulte la novation, il se sera fait relever de sa renonciation au bénéfice de l'obligation primitive, et des conséquences de son extinction. Mais, il faut bien le remarquer, si l'ancienne obligation est réputée non éteinte et renaît, ce n'est pas uniquement parce que le nouvel engagement a été rescindé ou annulé, mais parce que cette rescision ou annulation a été prononcée à raison de vices d'incapacité, d'erreur, de dol, de violence, toutes causes de nullité relative, qui entachaient le consentement du créancier (2).

5. Hors les cas exceptionnels où le nouvel engagement n'a,

(1) *Infrà*, n° 6.
(2) Toullier, t. 7, n° 298, note.

à l'égard du créancier aucune existence naturelle ou civile, l'extinction de l'ancienne obligation produite par la novation est absolue, définitive et indépendante de tout événement ultérieur. Cette extinction, ainsi que nous l'avons dit plus haut, n'est, en effet, que la conséquence de la renonciation volontaire du créancier au bénéfice de l'obligation primitive. Or, l'on comprend parfaitement qu'il puisse la faire, nonobstant la nullité ou l'inefficacité du nouvel engagement, alors qu'elles n'impliquent aucun vice de consentement de sa part. Sa renonciation a ainsi un caractère définitif et absolu, qui sert lui-même à déterminer, dans ses effets, le caractère de l'extinction dont est frappée l'obligation originaire.

Vainement donc, le débiteur qui s'est engagé envers le créancier, de manière à produire novation d'une obligation antérieure, aura fait annuler ou rescinder son nouvel engagement, à raison de vices qui lui étaient personnels, et entachaient son consentement. Le créancier ne pourra point se prévaloir de cette rescision ou annulation judiciairement prononcée, pour prétendre que la novation est censée n'avoir jamais existé, et l'obligation première n'avoir jamais été éteinte. Il ne pourrait se faire relever des conséquences de sa renonciation, qu'en établissant lui-même que dans le contrat de novation son consentement a été vicié d'incapacité, de dol, d'erreur ou de violence (1).

6. Si la novation résulte d'une dation en payement, et que le créancier soit, plus tard, évincé de tout ou partie de la chose, l'obligation primitive, à défaut de réserves contraires, ne devra pas non plus renaître. Elle aura été absolument et irrévocablement frappée d'extinction. L'article 2038 en a une disposition formelle, en ce qui concerne l'extinction du cautionnement. L'acceptation volontaire, dit-il, que le créancier a faite

(1) Toullier, t. 7, nos 298-302. — Zachariæ, t. 2, p. 395, 1re édit. — Duranton, t. 12, n° 282. — *Contrà,* Marcadé, art. 1272, nos 2, 3, et 4. — Zachariæ, t. 4, p. 215, nte 23, 4e édit.

d'un immeuble ou d'un effet quelconque en payement de la dette principale, décharge la caution, encore que le créancier vienne à en être évincé. Cette disposition ne fait que consacrer, par une application spéciale, le principe de l'extinction définitive et absolue de l'obligation première par l'effet de la novation (1).

Cependant, plusieurs auteurs, surtout sous l'empire du droit romain et de notre ancienne jurisprudence, pensent que la dation en payement, bien qu'elle emporte novation, n'éteint l'ancienne dette et ses accessoires que lorsqu'il y a translation irrévocable et incommutable de propriété; de telle sorte qu'en cas d'éviction, la première obligation renaît avec les priviléges et les hypothèques qui y étaient attachés. On peut voir les noms de nombreux auteurs cités par M. Troplong, qui partage leur sentiment, dans une longue dissertation où il examine la question dans ses plus minutieux détails (2). Nous y ajouterons Pothier, qui pense également (3) que, dans le cas de dation en payement, le créancier a, après éviction de la chose qui lui a été délaissée, l'action qui naît de son ancienne créance, parce que le débiteur n'a pu en être libéré par un payement qui se trouve inefficace.

Nous n'essayerons point de concilier entre eux divers textes du droit romain, dont les uns (4) semblent reconnaître que l'ancienne obligation renaît après éviction de la chose donnée en payement, et dont les autres (5) semblent, au contraire, frapper l'ancienne créance d'une extinction absolue, et n'ac-

(1) ZACHARIÆ, t. 2, p. 396, 1re édit., et t. 3, p. 487, et t. 4, p. 221, 4e édit. — TOULLIER, t. 7, nos 301, 306 et 307. — DURANTON, t. 12, no 82. — GRENIER, *Hyp.*, t. 2, no 502.

(2) *Hyp.*, nos 847 et suiv. — Notamment, FAVRE, C. liv. 8, tit. 15, déf. 8.

(3) *Vente*, no 604. — Voy. encore MERLIN, Rép., vo *Subrog.*, sect. 2, § 4, no 1.

(4) L. 46, *ff. De solut.* — L. 8, C. *De sentent. et interloc.*

(5) L. 4, C. *De evict.* — L. 24, *ff. De pign. act.* — L. 1, C. *De rer. perm.*

corder au créancier qu'un simple recours, *actio utilis ex empto,* contre le débiteur qui a opéré la dation en payement. Nous nous bornerons à examiner cette question dans ses points principaux et essentiels. Sa solution tient, en effet, uniquement à l'idée plus ou moins exacte que l'on se fait des conséquences de la novation et des effets de la condition résolutoire tacite.

Nous répétons donc, tout d'abord, que la novation opère extinction de l'ancienne dette d'une manière absolue, définitive et indépendante de tout événement ultérieur, à moins de clauses et de réserves contraires. Ce caractère de l'extinction dont est frappée la créance, résulte du caractère même de la novation, c'est-à-dire de la substitution d'une obligation à une autre, de l'incompatibilité de ces deux obligations, et de l'impossibilité où elles sont d'exister ensemble et concurremment. En prenant la novation dans son principe, on arrive donc à l'extinction immédiate et absolue du premier engagement, et à son remplacement par un engagement nouveau, qui désormais existe seul et est censé avoir toujours seul existé. Si le créancier veut échapper aux conséquences de cette substitution d'une obligation à une autre, s'il veut que l'extintion de l'ancien engagement ne soit pas absolue et indépendante des événements ultérieurs, il n'a qu'à s'expliquer par des clauses et des réserves particulières. Mais s'il reste dans les termes d'une novation pure et simple, il accepte, dans toute leur étendue, les conséquences de son acte.

Mais, dit-on, il est censé n'avoir jamais consenti à l'extinction de l'ancienne créance, que sous la condition que le payement ne serait pas inefficace, qu'il ne serait pas évincé. Or, l'éviction par lui soufferte opère résolution de la dation en payement, et la condition résolutoire tacite a pour effet de replacer les parties au même et semblable état qu'avant la convention résolue. Donc l'ancienne créance renaît avec ses accessoires, tels que les hypothèques. Voilà bien toute l'objection, et il est facile d'y répondre.

On ne fera, sans doute, aucune difficulté de reconnaître que la condition résolutoire tacite ne saurait rétroactivement remettre les parties dans leur état primitif, que tout autant que cette restitution n'est point contraire à leur intention, expressément ou tacitement manifestée. Or, nous le répétons, la novation opère extinction de l'ancienne dette absolument et définitivement, parce que cette extinction est fondée sur la renonciation que le créancier est censé faire, et fait en réalité, au bénéfice de sa créance primitive. Et cette renonciation étant pure et simple est définitive et irrévocable. Elle est ainsi inconciliable avec les effets ordinaires de la condition résolutoire tacite, puisqu'elle exclut virtuellement toute réintégration des parties dans leur état antérieur.

Il est si vrai que le Code civil a reconnu à la novation ce caractère, que l'article 1276 ne fait pas renaître la créance, en cas d'insolvabilité du délégué, et que l'article 2038 ne la fait pas renaître non plus, à l'égard des cautions, en cas d'éviction de la chose donnée en payement. Dans tous ces cas, cependant, il y a une seconde obligation qui se trouve inefficace. Pourquoi n'y applique-t-on pas les effets de la condition résolutoire tacite? C'est que la renonciation qu'implique la novation, en l'absence de toutes réserves, est absolue et irrévocable.

Mais il nous semble que, dans l'opinion que nous combattons, on exagère singulièrement les effets de la condition résolutoire tacite. Il est vrai qu'elle remet les parties au même et semblable état qu'avant la convention; mais elle ne les y remet que par rapport à la convention qui est résolue. Ses effets ne vont pas plus loin; ils ne vont pas jusqu'à rétablir des positions volontairement et définitivement délaissées, et jusqu'à ressusciter des droits irrévocablement éteints.

Ainsi, pour rentrer dans l'hypothèse d'une dation en payement emportant novation pure et simple, nous disons que, sans doute, en cas d'éviction (et ce n'est pas le seul cas de condition résolutoire tacite), ce contrat de dation sera résolu, et que

les parties seront remises au même et semblable état qu'auparavant. Mais elles n'y seront remises que par rapport à cette convention, la seule qui existe et soit censée désormais avoir existé entre elles. C'est-à-dire que le débiteur, qui est réputé vendeur, devra rendre le prix, les intérêts, payer des dommages et intérêts; tandis que le créancier, qui est réputé acquéreur, devra délaisser, après la résolution prononcée, ce qui peut lui rester de la chose, si l'éviction n'a été que partielle. Voilà à quoi se bornent les effets de la condition résolutoire; mais elle ne fait point renaître, avec ses accessoires, l'ancienne dette que la novation a frappée d'une extinction absolue et définitive.

Au cas d'éviction, le seul dont nous nous soyons occupé spécialement jusque-là, il convient d'assimiler tous ceux où le créancier, qui est l'acquéreur, est autorisé à faire résoudre le contrat de dation en payement, à défaut d'exécution de ses engagements de la part de l'autre partie.

Nous ajoutons que si la résolution du second engagement, par suite de la condition résolutoire tacite, avait pour effet de faire renaître l'ancienne obligation, cette résurrection aurait lieu dans le cas même où ce serait par le fait du créancier qui a fait novation, et sur la demande du débiteur, que la résolution serait prononcée; par exemple, dans le cas où le créancier refuserait de prendre délivrance de la chose, ou manquerait de toute autre manière à ses engagements. L'injustice d'une semblable conséquence est trop palpable pour qu'on puisse en admettre le principe. Concluons donc que les effets de la novation, opérée sans réserves, sont indépendants de toute résolution ultérieure du second engagement.

Il est une hypothèse qui se rapproche beaucoup de celle d'une dation en payement. Nous l'avons examinée sous l'article 1251 (1). C'est celle où un créancier hypothécaire, devenu acquéreur de la chose hypothéquée, déclare expressé-

(1) N° 24.

ment se payer lui-même par voie de compensation. Question de savoir si, après son éviction, il peut, comme subrogé à lui-même, faire valoir son hypothèque. Nous avons résolu ce point négativement. Il y aurait eu, en effet, inconséquence de notre part à résoudre différemment deux questions qui semblent se confondre, et qui ne diffèrent l'une de l'autre que parce que, dans un cas, il y a un prix fixé à titre de vente, et, dans l'autre, un prix déterminé à titre de dation en payement.

Ainsi, à la différence du cas où le créancier a acquis simplement une chose, sans novation ni compensation, ou fait novation et compensation sous toutes réserves, en vue de certaines éventualités, celui qui a accepté, sans réserves, une dation en payement, ou fait de même compensation avec sa créance, ne peut, après éviction ou sur poursuite hypothécaire, faire valoir son ancienne hypothèque ni ses autres garanties, lesquelles sont irrévocablement éteintes, soit en se prétendant encore créancier hypothécaire, soit en se disant subrogé à lui-même, ni, à plus forte raison, demander sous prétexte du péril d'éviction, une collocation, même simplement conservatoire, à l'ordre qui serait ouvert pour la distribution du prix de biens également hypothéqués à sa créance prétendue, et autres que ceux dont l'abandon ou le prix sont venus en extinction totale ou partielle de ses droits. Du moins, si l'extinction est seulement partielle, ils ne peuvent être exercés que pour le surplus.

7. Si la dation en payement avait eu lieu dans des termes tels que, au fond, il y eût un véritable échange, comme au cas où le débiteur d'un immeuble en abandonne un autre à la place au créancier qui accepte, ce dernier, s'il vient à être évincé, pourra répéter la chose qui lui était due en premier lieu, et qu'il a abandonnée pour en recevoir une autre (1705).

Mais remarquez que cette solution ne contrarie point ce que nous venons de dire. Car il s'agit réellement d'un échange, et la résolution de cet acte, quelle qu'en soit la cause, ne remet

les parties dans leur ancien état que par rapport à lui. Ainsi, les hypothèques, les cautionnements qui garantissaient l'exécution de l'engagement primitif, sont irrévocablement éteints, par suite de la novation qui résulte de la permutation. Nous retrouvons ici encore, sous ce rapport, les conséquences de l'extinction définitive du premier engagement.

8. Si l'extinction de l'obligation primitive est indépendante des événements ultérieurs, ce n'est pas que le créancier soit, en cas de nullité ou d'inefficacité de l'obligation nouvelle, destitué de toute action et de tout recours envers le débiteur qui l'a contractée.

Ainsi, lorsque le débiteur aura, par novation, substitué un nouvel engagement à l'ancien, et qu'il en aura fait prononcer la nullité ou la rescision, bien que l'ancien ne doive pas renaître, le créancier pourra néanmoins exercer un recours parfaitement fondé. En effet, la novation a eu pour le débiteur ce résultat avantageux d'éteindre son ancien engagement, nonobstant l'annulation de son obligation nouvelle. Il s'enrichirait aux dépens d'autrui, s'il pouvait cumuler le bénéfice de l'extinction de l'un avec le bénéfice de l'annulation de l'autre. Le créancier pourra donc le poursuivre jusqu'à concurrence du profit qu'il a retiré de la novation, c'est-à-dire jusqu'à concurrence d'une indemnité équivalente à la valeur de l'obligation primitive qu'il n'exécute pas. Mais cette action ne se donne qu'à titre de recours, et sans aucune des garanties, priviléges et hypothèques qui étaient attachés à l'ancienne créance.

9. Il en est de même lorsque le créancier vient à être évincé de tout ou partie de la chose donnée en payement. Le recours qu'il a à exercer dans ce cas, a son principe, non dans l'obligation primitive qui ne saurait revivre, mais exclusivement dans l'obligation de garantie qui résulte de la dation en payement. L'ancienne obligation peut, tout au plus, servir à déterminer l'étendue de ce recours, en ce qui concerne les restitutions et les dommages et intérêts. Mais elle n'en constitue

point la source juridique. Aussi, le créancier ne jouit-il, pour son exercice, ni des cautionnements, ni des priviléges, ni des hypothèques qui étaient attachés à l'ancienne créance. Il ne peut se prévaloir que des garanties qu'il a particulièrement stipulées, en concluant le contrat de novation, dans la prévision de l'événement qui est venu à se réaliser (1).

10. Lorsque la nouvelle obligation qui est substituée à l'ancienne est destituée de toute existence civile ou naturelle, et que la novation se trouve ainsi absolument sans cause, l'obligation primitive est censée n'avoir jamais été éteinte, non-seulement quant au principal, mais encore quant à ses accessoires. Toutefois, en ce qui concerne les priviléges et hypothèques, ils ne sont maintenus que par l'accomplissement des formalités nécessaires pour les conserver à l'égard des tiers (2).

11. En réservant les priviléges et hypothèques attachés à l'ancienne créance, le créancier les fait passer à celle qui lui est substituée (3). L'accessoire survit ainsi au principal; mais, dans son passage d'une créance à l'autre, il est impossible de saisir un seul instant où il ait une existence propre et indépendante; car il ne reste jamais sans se rattacher à une obligation principale, soit qu'il s'agisse de la première ou de la nouvelle.

Cette transmission des priviléges et hypothèques d'une créance à l'autre ne saurait nuire aux tiers; mais elle peut leur profiter, dans le cas où la nouvelle obligation est moindre que la première. Au contraire, si elle était plus onéreuse et plus considérable que celle-ci, les priviléges et hypothèques régulièrement conservés pour la sûreté de la première créance ne vaudraient jamais, à l'égard des tiers, que jusqu'à concurrence

(1) Zachariæ, t. 2, p. 396, 1re édit., et t. 4, p. 221, 4e édit.
(2) Marcadé, art. 1272, n° 7.
(3) L. 3 et l. 12, § 6, *ff. Qui potior.*

de la somme pour laquelle ils ont primitivement existé, sans préjudice des autres garanties particulières qui ont pu être stipulées et prises par le créancier au moment de la novation. La transmission des priviléges et hypothèques d'une créance à celle qui lui est substituée se trouve ainsi modifiée par les principes du régime hypothécaire.

12. La réserve que le créancier a le droit de faire des priviléges et des hypothèques attachés à l'ancienne créance, n'est soumise à aucune expression sacramentelle. Elle peut s'exprimer différemment, et il suffit qu'elle résulte clairement de l'acte.

Ainsi, lorsque la novation s'opère par la substitution d'une nouvelle créance à l'ancienne, soit par le changement de l'objet de l'obligation, soit par la simple innovation du titre de la dette, le créancier n'a qu'à déclarer que l'acte a lieu sans novation. Ces expressions ne peuvent signifier qu'une chose, à savoir que le débiteur continuera d'être engagé au même titre, sous les mêmes garanties privilégiées ou hypothécaires que par le passé (1).

Une protestation contre toute novation, alors que la novation est réelle et flagrante, n'empêche certainement pas qu'il n'y ait novation ; car une protestation ne peut détruire l'effet essentiel et nécessaire d'un acte ; mais elle vaut, néanmoins, comme réserve des priviléges et hypothèques. C'est en ce sens qu'elle produit effet (2).

13. Le créancier qui consent un acte emportant novation, fera toujours sagement de réserver ses droits résultant de l'obligation primitive, tels que les priviléges, les hypothèques, les cautionnements, pour le cas où le second engagement deviendrait inefficace, pour cause de nullité, de rescision, de résolution, ou pour éviction de la chose donnée en payement.

(1) Cass., 27 nov. 1855. Sirey, 56, 1, 534.
(2) Toullier, t. 7, nº 281.

Dans ce cas, la condition venant à s'accomplir, l'ancienne créance renaît avec tous ses accessoires, même contre les cautions, sans qu'il ait eu besoin d'exiger d'elles leur accession spéciale par un nouvel acte. La novation est alors conditionnelle, et ne doit produire d'autres effets que ceux que les parties ont elles-mêmes déterminés, sauf aux cautions à demander, suivant leur droit, leur décharge au débiteur principal. Il suffira même que le créancier se fasse réserve de tous ses droits ; cette expression générale comprend tout.

14. Le second engagement qui est substitué au premier, et dont la substitution opère novation, peut être conditionnel. Si la condition est suspensive, la novation dépend elle-même de l'événement de la condition, de telle sorte que si elle ne se réalise pas, la novation est réputée non avenue et l'ancienne obligation non éteinte.

Si la condition est résolutoire, le sort de la novation lui est également subordonné ; car la condition venant à s'accomplir, le nouveau contrat est censé n'avoir jamais existé, et la novation elle-même n'avoir jamais eu lieu, parce qu'il n'y a pas eu de nouvel engagement qui ait été substitué au premier. L'ancienne obligation sera donc réputée n'avoir jamais été éteinte, et elle renaîtra avec tous ses accessoires, priviléges, hypothèques, cautionnements. Le caractère conditionnel attribué au nouvel engagement équivaut, en effet, à une réserve expresse de tous ses droits de la part du créancier, pour le cas où la condition résolutoire viendra à s'accomplir (1). Cette hypothèse, on le comprend sans peine, diffère beaucoup de celle où le second contrat n'est soumis qu'à une condition résolutoire tacite qui ne l'empêche pas d'être pur et simple.

Quant aux cautions, elles n'ont, pendant que la condition est en suspens, qu'à poursuivre, suivant leur droit, l'obligé principal, pour être par lui déchargées (2032).

(1) *Contrà,* TOULLIER, t. 7, n°s 315 et 318.

Vainement les codébiteurs et les cautions argumenteraient, dans ce cas, des articles 1280 et 1281, pour prétendre que la condition résolutoire expresse n'empêchant point l'exécution du nouvel engagement, ils sont immédiatement et irrévocablement libérés. Notre hypothèse est, en effet, bien différente de celle où le créancier qui fait une novation pure et simple, entend réserver contre eux l'action personnelle ou hypothécaire. Une pareille réserve est tout à fait inefficace à leur égard, ainsi que nous l'expliquons sous les articles suivants. Mais ici, il ne fait, au contraire, qu'une novation soumise à la même condition résolutoire sous laquelle le nouvel engagement a été contracté. L'existence de la novation dépend ainsi de l'existence de ce nouvel engagement, de telle sorte que si la condition résolutoire vient à s'accomplir, la novation est censée n'avoir jamais eu lieu. Et comme cette condition est expresse, on ne peut objecter au créancier aucune renonciation pure et simple, à l'égard du débiteur ou des codébiteurs, ou bien enfin des cautions, au bénéfice des priviléges ou hypothèques, de la solidarité ou du cautionnement. Il l'a, au contraire, formellement réservé, pour le cas où la condition résolutoire viendrait à s'accomplir.

Article 1279.

Lorsque la novation s'opère par la substitution d'un nouveau débiteur, les priviléges et hypothèques primitifs de la créance ne peuvent point passer sur les biens du nouveau débiteur.

Sommaire.

1. Les priviléges et hypothèques ne passent pas sur les biens du nouveau débiteur.
2. Effets de leur réserve sur les biens de l'ancien débiteur.

COMMENTAIRE.

1. Lorsque la novation s'opère par la substitution d'un nouveau débiteur, soit qu'elle résulte de l'expromission ou de la

délégation parfaite, il est évident que les priviléges et hypothèques primitifs de la créance ne peuvent point passer sur les biens du nouveau débiteur (1279). Le créancier en fera vainement la réserve; les priviléges et hypothèques accordés par le nouveau débiteur ne pourront jamais prendre sur ses biens la date et le rang qu'ils avaient sur ceux de l'ancien.

2. Mais quels seront les effets de cette réserve? Pothier (1), se fondant sur le droit romain (2), pensait que cette réserve, stipulée par le créancier envers le nouveau débiteur, ne produisait d'effet que lorsqu'elle avait été faite avec le consentement du premier, par la raison que le nouveau débiteur ne pouvait ainsi hypothéquer à la nouvelle dette la chose de l'ancien débiteur, qui ne lui appartient pas.

La loi romaine, sur laquelle Pothier appuie son opinion, ne nous paraît pas avoir le sens qu'il lui attribue. Voici l'espèce : Le créancier fait novation en stipulant d'un nouveau débiteur, de manière que la première obligation est complètement éteinte. Le jurisconsulte Paul décide que, dans ce cas, le nouveau débiteur ne peut réengager les mêmes choses à la dette, *rursum easdem res... obligari*, sans le consentement de l'ancien débiteur. Ceci est manifeste; mais on voit qu'il s'agit d'un réengagement, et non d'une réserve faite par le créancier au moment même de la novation.

Lorsque cette réserve a eu lieu, il est, au contraire, inexact de prétendre que le nouveau débiteur hypothèque les biens de l'ancien débiteur sans son consentement. Ces biens sont, en effet, déjà grevés régulièrement d'hypothèques ou de priviléges, et le créancier, en se réservant ces garanties, en même temps qu'il fait novation, ne fait que remettre, moyennant la nouvelle obligation contractée envers lui, l'action personnelle à son ancien débiteur, sous la réserve, néanmoins, contre lui, de l'action privilégiée ou hypothécaire. Comment alors la

(1) *Oblig.*, n° 563.
(2) L. 30, *ff. De nov. et deleg.*

loi pourrait-elle exiger le consentement de l'ancien débiteur, quand le créancier est libre de faire ou de ne pas faire novation, d'éteindre absolument la dette ou de ne l'éteindre qu'en retenant, jusqu'à concurrence de sa valeur, les sûretés préexistantes sur les biens de son ancien débiteur (1)? Comment celui-ci serait-il fondé à se plaindre que ses biens restent hypothéqués à la dette d'un autre, sans son consentement, quand il gagne à la novation l'affranchissement de son engagement personnel? Le bon sens est ici plus fort que la subtilité du droit.

Article 1280.

Lorsque la novation s'opère entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les priviléges et hypothèques de l'ancienne créance ne peuvent être réservés que sur les biens de celui qui contracte la nouvelle dette.

Sommaire.

1. Critique de cette disposition.
2. Suite.
3. Elle se concilie mal avec les principes de la subrogation légale.

COMMENTAIRE.

1. Les dispositions de cet article sont presque littéralement empruntées à Pothier (2). Mais il faut remarquer qu'il fait découler son opinion du principe même que nous venons de réfuter, sous l'article précédent. De même, en effet, que le créancier qui fait novation par la substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien ne peut, sans le consentement de celui-ci,

(1) Toullier, t. 7, n° 312. — Duranton, t. 12, n° 311. — Zachariæ, t. 2, p. 397, 1re édit., et t. 4, p. 223, 4e édit. — *Contrà*, Marcadé, art. 1279, n° 3.

(2) Pothier, *Oblig.*, n° 563.

utilement réserver sur ses biens les priviléges et hypothèques attachés à la dette, de même, et par les mêmes raisons, suivant Pothier, le créancier qui fait novation avec l'un des débiteurs solidaires, ne peut réserver sur les biens des autres les priviléges et hypothèques de l'ancienne créance, sans leur consentement. Or, il suffit que nous ayons réfuté cette opinion sur le premier point, pour que nous ayons, du même coup, écarté l'application qui en est faite ici par voie de conséquence.

Cependant, le texte de la loi est formel, positif; et nous devons nous incliner devant lui. Le créancier qui fait novation avec l'un des débiteurs solidaires ne peut réserver les priviléges et hypothèques de l'ancienne créance, que sur les biens de celui qui contracte la nouvelle dette (1280).

2. Une semblable disposition, prise en dehors des règles ordinaires du droit, ne nous semble reposer sur aucune raison, même spécieuse. En effet, les autres codébiteurs solidaires sont, sans doute, libérés par la novation qui s'est opérée entre le créancier et l'un d'eux, et ils ne sauraient être personnellement tenus de l'obligation nouvelle, s'ils n'y ont volontairement accédé. Mais rien ne s'oppose à ce que, sans cesser d'être quittes et libérés de toute action personnelle, ils soient, néanmoins, tenus, par suite d'une réserve expresse, de l'action privilégiée ou hypothécaire qui en est indépendante, suivant l'étendue de leur engagement primitif, et sauf recours entre eux dans la même mesure. Voilà, cependant, ce que l'article 1280 repousse formellement (1).

3. M. Toullier observe à cet égard, avec beaucoup de raison, que cette disposition se concilie mal avec les principes de la subrogation, posés dans l'article 1251, n° 3. En effet, le codébiteur solidaire, éteignant la dette par la novation qu'il fait avec le créancier, est subrogé légalement à ses droits

(1) Voy. Zachariæ, t. 2, p. 397, nte 43, 1re édit., et t. 4, p. 223, 4e édit. — Toullier, t. 7, n° 313. — Duranton, t. 12, n° 305.

contre les autres codébiteurs ; il pourra donc faire valoir contre eux, pour leur part et portion, les hypothèques attachées à l'ancienne dette ; et, s'il ne paye pas le créancier, ce dernier pourra, même sans réserves de sa part, exercer les droits de son débiteur en son lieu et place, suivant l'article 1166, contre les autres coobligés. Seulement, ils ne sont tenus que de leurs parts et portions, tandis qu'une réserve, si elle était efficace, les obligerait hypothécairement pour le tout.

Article 1281.

Par la novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les codébiteurs sont libérés. — La novation opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions. — Néanmoins, si le créancier a exigé, dans le premier cas, l'accession des codébiteurs, ou, dans le second, celle des cautions, l'ancienne créance subsiste, si les codébiteurs ou les cautions refusent d'accéder au nouvel arrangement.

Sommaire.

1. La novation faite avec l'un des codébiteurs solidaires libère les autres.
2. La novation faite avec le débiteur principal libère les cautions.
3. Le créancier peut exiger leur accession, ou en faire la condition de la novation.
4. Novation conditionnelle.

COMMENTAIRE.

1. Si les principes du droit, dans toute leur pureté, ainsi que nous venons de le dire sous l'article précédent, quoiqu'il dispose au contraire, permettent au créancier qui fait novation avec l'un des débiteurs solidaires, de réserver les priviléges et hypothèques de l'ancienne créance sur les biens des autres, aussi bien que sur ceux de celui qui contracte la nouvelle dette, toutefois, par la novation faite entre le créancier et l'un des

débiteurs solidaires, les codébiteurs sont libérés (1281). Et ils sont si parfaitement libérés, à son égard, de toute action personnelle, que le créancier ferait vainement des réserves sur ce point. Mais cette libération n'a lieu que sans préjudice de la subrogation légale en faveur du codébiteur qui a fait novation, et qui peut, dès lors, comme subrogé, exercer contre les autres les droits du créancier.

2. Il en est de même à l'égard des cautions. La novation opérée à l'égard du débiteur principal les libère (1281). Indépendamment même des dispositions exceptionnelles de l'article 1280, le créancier est empêché, par les principes ordinaires du droit, de réserver utilement, sur les biens des cautions, les priviléges et hypothèques attachés à l'ancienne créance (1). En effet, par la novation pure et simple qu'il a faite, le créancier s'est mis, par son fait, dans l'impossibilité de les subroger à ses droits éteints. Elles sont, par suite, déchargées (2037), la subrogation à une créance n'étant jamais plus impossible, que lorsque cette créance est éteinte dans son objet principal, malgré la réserve des garanties accessoires.

La raison tirée de l'impossibilité de la subrogation en faveur des cautions, est la seule à laquelle nous croyons ici devoir nous attacher, pour considérer comme inefficaces les réserves du créancier. Car les cautions, qui sont restées étrangères à l'acte de novation, pourraient très bien, quoi que l'on puisse prétendre (2), agir contre le débiteur, pour être par lui indemnisées conformément à l'article 2032, sans détruire les arrangements intervenus avec le créancier, parce que ce système d'indemnité, dont le mode est d'ailleurs subordonné aux circonstances, n'est applicable que dans les rapports des cautions avec le débiteur principal.

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 563. — Basnage, *Des fidéjusseurs*, ch. 7, p. 550, et *Hyp.*, ch. 17, p. 435. — Troplong, *Caut.*, n° 583. — *Contrà*, Duranton, t. 18, n° 383.

(2) Voy. Troplong, *ibid.*

Du reste, il est évident que la novation qui intervient entre le créancier et l'une des cautions même solidaires, ne saurait profiter qu'à cette caution, et qu'elle ne peut libérer ni l'obligé principal ni les autres cautions. Ceci résulte à la fois des dispositions toutes spéciales de notre article et du caractère accessoire du cautionnement (1).

3. Les engagements des codébiteurs et des cautions ne subsisteront donc que lorsqu'ils auront consenti et accédé à la nouvelle obligation. Le créancier peut, en conséquence, exiger l'accession des codébiteurs ou des cautions, et l'ancienne créance subsiste, si les codébiteurs ou les cautions refusent d'accéder au nouvel arrangement (1281).

Au lieu de l'exiger en termes formels, il pourra également faire dépendre l'existence de la novation de l'accession des codébiteurs ou des cautions à la nouvelle dette, de telle sorte que, par leur refus, la novation sera censée n'avoir jamais existé. Mais, lorsqu'ils y ont accédé, les priviléges et hypothèques qui étaient attachés à l'ancienne dette passent à la nouvelle, comme ceux qui sont réservés par le créancier passent de l'une à l'autre sur les biens du débiteur avec lequel la novation a été faite (2), c'est-à-dire moyennant une réserve expresse, (1278, 1280).

4. Enfin, pour échapper à l'inefficacité des réserves qu'il pourrait faire dans une novation pure et simple, le créancier peut imprimer à l'acte un caractère conditionnel, en le subordonnant expressément à la condition qu'il sera intégralement payé. Alors, le cas échéant, c'est la novation même qui s'efface, et le créancier rentre dans ses droits originaires envers tous.

La novation ne laisse pas non plus, suivant nous, d'être conditionnelle, et les réserves de produire effet, lorsque le créan-

(1) Cass., 18 juillet 1866. Sirey, 66, 1, 429.
(2) Duranton, t. 12, nº 305.

cier, en faisant novation avec le débiteur, a expressément réservé, pour une éventualité quelconque, ses droits résultant de sa créance primitive, objet de la novation, et contre le principal obligé, et contre les fidéjusseurs. Le cas échéant, le créancier rentre dans l'intégrité de ses droits. Ce cas est bien différent de ceux que nous avons examinés. Il ne s'agit plus, en effet, d'une novation pure et simple, produisant définitivement extinction de la créance. L'acte de novation est, au contraire, conditionnel, et l'accomplissement de la condition convenue le fait considérer comme n'ayant jamais existé. Les cautions ne peuvent, en conséquence, s'en prévaloir pour se prétendre libérées, puisque les réserves stipulées par le créancier le mettent à même de les subroger efficacement à ses droits.

Toutefois, comme les cautions ne sont pas en possession de leur décharge définitive, tant que la condition de la novation est pendante, et qu'elles ne peuvent pas être soumises aux incertitudes d'une situation qui a été réglée sans leur concours, elles peuvent toujours, conformément à l'article 2032, agir contre le débiteur, pour être par lui indemnisées, c'est-à-dire garanties contre toute éventualité, de la manière que le juge estimera la plus convenable, eu égard aux circonstances de la cause, et sans détruire au surplus l'acte de novation intervenu entre le débiteur et le créancier.

Si la novation avait été faite dans les mêmes termes conditionnels avec l'un des codébiteurs solidaires, le créancier reprendrait également ses droits primitifs contre tous, par l'événement de la condition ; ou plutôt il serait censé les avoir toujours conservés. Mais comme cet acte de novation est, par rapport aux codébiteurs qui y sont restés étrangers, *res inter alios acta*, ils sont en droit, tant que la condition est pendante et que la novation n'a pas produit d'effets définitifs, de se procurer une libération parfaite, afin de se soustraire à une incertitude dommageable. Nonobstant la novation qui ne saurait leur être opposée, ils pourront donc payer et offrir, dans

les termes de leur engagement primitif. Leur payement ou leurs offres ne se feront même que sous la déduction de la part du codébiteur avec lequel la novation est intervenue. Car le créancier est censé avoir fait, au moins, remise de cette part, moyennant la novation qu'il a stipulée; et s'il reçoit un payement partiel, il n'a qu'à se l'imputer. Quant au codébiteur avec lequel la novation a lieu, il n'aura, le cas échéant, aucun recours à exercer contre ses consorts qui se seront valablement libérés; il n'aura d'action en répétition que contre le créancier qui a reçu, sauf les mesures conservatoires de ses droits qu'il est autorisé à prendre, par exemple, en faisant ordonner par la justice le séquestre des choses payées par ses codébiteurs.

SECTION III.

DE LA REMISE DE LA DETTE.

Article 1282.

La remise volontaire du titre original sous signature privée, par le créancier au débiteur, fait preuve de la libération.

Sommaire.

1. De la remise en général, ou renonciation.
2. Elle n'est, en principe, soumise à aucune forme spéciale.
3. Ces principes généraux sont applicables à la remise de dette.
4. Remise tacite par la remise du titre original.
5. La remise doit être volontaire,
6. Du titre original,
7. Ou en brevet;
8. De la part du créancier,
9. Ou de l'un des créanciers solidaires, mais non simplement conjoints;
10. Au débiteur personnellement, et non à un tiers, fût-il même débiteur simplement conjoint.
11. La remise du titre fait alors preuve de la libération. Comment?

12. En quel sens elle fait preuve.
13. Si le débiteur peut prouver que le titre lui avait été remis, et qu'il en a perdu plus tard la possession.
14. Les factures, les états détaillés ne sont point des titres originaux. Le pour acquit qui y est apposé, ne fait pas toujours preuve de la libération du débiteur.
15. Le mot libération signifie, au choix du débiteur, remise de dette ou payement.
16. Si le créancier peut prouver qu'il n'y a pas eu payement, mais remise, contrairement aux prétentions du débiteur.

COMMENTAIRE.

1. La remise de la dette est l'acte par lequel un créancier abandonne envers son débiteur un droit de créance. A ce titre, elle rentre dans les principes généraux de la renonciation, qui est l'acte par lequel un créancier abandonne son droit, sans le transmettre, quelle qu'en soit la nature. Prise ainsi dans son acception la plus étendue, la renonciation est le genre, et la remise est l'espèce.

La remise de la dette dont nous nous occupons ici, ne s'applique, en effet, comme mode d'extinction des obligations, qu'aux obligations unilatérales ; et encore parmi les obligations de cette nature, ne comprend-elle que le droit résultant d'une créance proprement dite.

Appliquée aux obligations mutuelles qui résultent des contrats synallagmatiques, la renonciation s'exprime et s'opère par une dissolution du contrat, résolution, révocation, rescision, annulation. Elle suppose alors une double remise, également volontaire de part et d'autre.

S'agit-il d'un acte par lequel une personne renonce à une action judiciaire qu'elle a intentée pour faire reconnaître son droit ? cette renonciation s'appelle alors désistement.

S'agit-il d'une renonciation ayant pour objet de terminer une contestation née, ou de prévenir une contestation à naître? l'acte peut alors constituer une véritable transaction.

Enfin, une partie renonce-t-elle à se défendre contre une

action judiciaire? il y a de sa part acquiescement, et la renonciation à son droit emporte reconnaissance du droit de son adversaire.

2. La renonciation n'est, en général, soumise à aucune condition de forme spéciale, à l'exception de certains cas particuliers prévus par la loi. Elle est, en conséquence, expresse ou tacite; expresse, lorsqu'elle résulte des clauses et stipulations d'un acte; tacite, lorsqu'elle résulte de certains faits qui supposent l'abandon du droit.

L'acte duquel on prétend faire résulter une renonciation, est soumis aux mêmes règles d'interprétation que les conventions ordinaires.

Quant aux faits desquels on prétend la faire résulter tacitement, ils sont soumis à l'appréciation des tribunaux, qui ont, en général, un pouvoir discrétionnaire à cet égard, excepté dans les cas spéciaux où la loi a attaché à l'existence de certains faits, le caractère d'une présomption légale de renonciation.

Mais, dans tous les cas, comme nul n'est présumé facilement renoncer à son droit, *nemo facile renuntiare juri suo præsumitur*, les juges doivent interpréter l'acte et apprécier les faits, rigoureusement et de manière que, dans le doute, la pensée d'une renonciation soit écartée.

Lorsque la renonciation résulte tacitement de certains faits, elle a lieu sans que le débiteur au profit duquel elle s'opère, ait besoin de l'accepter d'une manière formelle; car la seule manière d'accepter un fait accompli, c'est de s'en prévaloir.

Si, au contraire, elle est conventionnelle ou expresse, elle doit être acceptée, elle n'existe, au moyen de cette acceptation, que de la même manière et sous les mêmes conditions que lorsqu'il s'agit de la formation d'un contrat ordinaire. Elle peut, en conséquence, être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée par celui au profit de qui elle a été faite.

Soit qu'elle ait lieu à titre gratuit ou à titre onéreux, les

parties doivent être respectivement capables de donner et de recevoir ou de contracter. Leur capacité respective s'apprécie à cet égard, suivant les règles relatives aux donations ou aux autres contrats.

Quant aux droits qui peuvent être valablement l'objet d'une renonciation, on ne peut valablement renoncer qu'à ceux sur lesquels la loi permet de transiger ou de contracter. Peu importe, d'ailleurs, qu'il s'agisse de droits échus ou non, de choses présentes ou futures.

3. Ces principes généraux qui régissent la renonciation, sont également applicables à la remise de la dette, sauf quelques exceptions qui ressortiront d'elles-mêmes, à mesure que les principes se développeront.

Comme la renonciation en général, la simple remise est tacite ou expresse. Lorsqu'elle est expresse, la loi l'appelle indifféremment décharge conventionnelle (1285, 1287).

Du reste, comme mode d'extinction des obligations, son effet essentiel est de libérer le débiteur, soit à titre de payement, soit à titre de décharge.

4. La loi s'occupe ici, d'abord, de la remise tacite. Elle a attaché, en effet, à certains actes, soit la preuve, soit la présomption que le créancier a tacitement remis sa dette au débiteur. Ainsi, suivant l'article 1282, la remise volontaire du titre original sous signature privée, par le créancier au débiteur, fait preuve de la libération (1). En se dessaisissant, dans les mains de son débiteur, du seul titre qui constate sa créance, et en se mettant ainsi dans l'impossibilité de l'établir, le créancier est censé accorder ou reconnaître la libération du débiteur. En ce sens, remise de titre vaut quittance. Et c'est pour cela que le débiteur, lorsqu'il paye, est bien fondé à exiger que le titre lui soit rendu, puisqu'il n'a plus de raison d'être, à moins que l'autre partie n'ait un réel intérêt à le retenir,

(1) L. 2, § 1, *ff. De pactis.*

parce qu'il établit en même temps sa libération personnelle, soit l'existence d'un droit en sa faveur, ou l'étendue de ses propres engagements. Les juges ont, d'ailleurs, à apprécier l'intérêt de l'un et de l'autre (1).

Mais, pour que sa libération soit par cela même justifiée, la réunion de plusieurs conditions est indispensable. Il faut : 1° que la remise soit volontaire; 2° qu'elle soit du titre original; 3° qu'elle soit faite par le créancier; 4° qu'elle soit faite au débiteur. Ce n'est que moyennant le concours de ces quatre conditions, que la remise du titre fait preuve de la libération du débiteur. Examinons-les successivement.

5. 1° La remise du titre doit être volontaire. Si donc elle est involontaire, si, par exemple, le débiteur ne l'a en sa possession que par suite de dol, d'erreur, de violence, de perte, de rétention injuste, à titre de communication officieuse, dans un but quelconque autre que celui d'une remise proprement dite, l'article 1282 est inapplicable.

6. 2° Elle doit être du titre original. Conséquemment, si elle était simplement d'un titre confirmatif ou récognitif, qui ne fût pas ce qu'on appelle titre nouvel, elle ne ferait pas preuve de la libération.

Il en serait de même, si, le titre original existant en plusieurs copies, une seule avait été remise. Dans ce cas, en effet, le créancier n'est point dessaisi absolument de tout titre pour établir l'existence de son droit. Mais l'article 1282 devrait recevoir son application, si toutes les copies du titre avaient été remises au débiteur.

La remise du titre original lui-même ne ferait point preuve de la libération, s'il était intervenu un titre nouvel destiné à le remplacer.

Mais, dans tous ces cas, il pourrait y avoir simple présomption de fait, abandonnée à l'appréciation des tribunaux.

(1) Voy. Cass., 12 juin 1876. Sirey, 76, 1, 377.

7. L'article 1282 parle spécialement de la remise du titre original sous signature privée. Est-ce à dire que s'il s'agit d'un titre original, mais non sous signature privée, il n'y aurait point preuve de la libération du débiteur? Nous ne saurions le penser. Il existe, en effet, certains actes qui sont rédigés en la forme authentique, sans qu'il en reste minute, et qui sont délivrés au créancier en brevet. Chaque acte de cette nature constitue un original, et comme le créancier, en le remettant à son débiteur, se met dans l'impuissance d'établir et d'exercer son droit, il y a même raison pour appliquer dans ce cas l'article 1282. Car la preuve de la libération tient moins à la nature du titre remis, qu'à la situation que se fait volontairement le créancier en s'en dessaisissant (1).

8. 3° Le titre doit être remis par le créancier. Si donc la remise en avait été faite par un tiers n'ayant ni qualité, ni pouvoir à cet effet, le débiteur ne pourrait s'en prévaloir pour prétendre qu'il est libéré (2).

Mais il est indifférent que ce soit le créancier qui ait remis personnellement le titre, ou que ce soit un tiers ayant pouvoir de le faire régulièrement en son lieu et place, tel qu'un mandataire, un créancier solidaire, un mari, un tuteur, un administrateur.

9. Quant aux créanciers solidaires, bien que la remise faite par l'un d'eux ne libère le créancier que pour la part de ce créancier (1198), néanmoins, comme il est au choix du débiteur de payer à l'un ou à l'autre, tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux, la remise du titre original faite dans ces circonstances par l'un d'eux au débiteur, le libère également et indistinctement à l'égard de tous. Il n'en est pas de cette remise du titre original, qui est censée motivée par un payement réel plutôt que par un abandon de son droit

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 572. — Toullier, t. 7, n° 324.
(2) Douai, 29 nov. 1849. Sirey, 50, 2, 223. — Bordeaux 11 juillet, 1859. Sirey, 60, 2, 92. — Orléans, 20 mai 1876. Sirey, 76, 2, 202.

de la part du créancier, comme d'une simple décharge ou remise conventionelle, qui n'a d'autre cause qu'un esprit de pure libéralité envers le débiteur, et qui dès lors, ne le libère que pour la part virile du créancier qui lui remet sa dette.

Mais la remise du titre faite par l'un des créanciers simplements conjoints, sans mandat ni pouvoir de la part des autres, ne vaut point libération en faveur du débiteur à l'égard de ces derniers. Elle ne fait preuve de sa libération qu'à l'égard de celui qui a effectué la remise, et pour la portion seulement qu'il a dans la dette. D'une part, en effet, il n'est pas exact de dire que le titre original a été remis par le créancier, puisque la créance se divise de droit entre plusieurs; et, d'autre part, le débiteur, en supposant même qu'il ait réellement payé, n'a pas payé valablement entre les mains d'un seul, puisque ce dernier n'était pas créancier de la totalité. Les autres peuvent donc, nonobstant la remise du titre original, laquelle est irrégulière par rapport à eux, le poursuivre en payement de leurs parts, sauf son recours en répétition de l'indû. Car la remise du titre original établit en sa faveur, envers celui des créanciers conjoints qui l'a faite, présomption de sa libération même pour la totalité de la créance.

Cependant, si le débiteur avait accepté comme quittance cette remise du titre original, de la part de l'un des créanciers conjoints, en le considérant de bonne foi comme étant en possession de la créance, elle ferait preuve envers tous de sa libération. Car le payement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé (1240). Et, dans ce cas même, la remise du titre original acceptée de bonne foi de la part d'un tiers en possession de la créance, ne laisserait pas de produire le même effet.

Ainsi, l'on peut poser cette règle générale; c'est que la remise du titre original, pour faire preuve de la libération du débiteur, doit émaner d'une personne entre les mains de qui tout payement effectué eût été valable.

10. 4° Le titre doit être remis au débiteur, de telle sorte que s'il l'avait été à un tiers étranger, n'ayant ni qualité, ni pouvoir pour représenter le débiteur, la remise de ce titre ne ferait point preuve de sa libération à l'égard du créancier. L'on comprend, en effet, combien la présomption légale perd de sa force, dans le cas où ce n'est point dans les mains de son débiteur lui-même que le créancier se dessaisit du titre qui constate sa créance.

Ainsi, la remise du titre à l'un des associés, faite en son nom privé personnellement, et non en celui de la maison de banque débitrice, ne fait point preuve de la libération ; et les tribunaux doivent apprécier les circonstances propres à établir que la dette n'a pas été payée au créancier où à ses héritiers par le détenteur du titre (1).

La remise même du titre à l'un des débiteurs simplement conjoints, sans que la dette soit solidaire ni indivisible, fait seulement preuve de sa libération pour sa portion virile, et n'établit point de même, à l'égard du créancier, la libération des autres pour leurs parts personnelles. Ce débiteur est, en effet, un tiers, quant à ces dernières parts ; et, si le titre qui n'était pas susceptible d'une remise divisée, lui a été remis, on peut encore légitimement supposer que ce n'a été qu'à la charge par lui de le communiquer au créancier, lorsqu'il demanderait aux autres le surplus de sa créance. Cette remise établit donc tout au plus une présomption de fait.

Remarquez que nous ne parlons ici que de la libération des autres débiteurs conjoints à l'égard du créancier, et nullement du payement que cette remise du titre peut faire présumer, à l'égard des autres, de la part de celui à qui le créancier l'a volontairement remis. Nous examinerons plus loin cette dernière question.

11. Lorsque les quatre conditions que nous venons d'exa-

(1) Cass., 1er fév. 1842. Sirey, 42, 1, 203.

miner concourent, la remise du titre fait alors preuve, suivant l'énergique expression de la loi, de la libération du débiteur. Moyennant le concours de ces conditions, elle vaut quittance, et la preuve est complète, sans que pour cela le titre ait besoin de porter en annotation, pour acquit, pour quittance, et autres énonciations semblables de la part du créancier.

Mais cette preuve elle-même ne résulte que de l'existence de faits reconnus constants. Or, il arrive souvent que le créancier prétend que la remise du titre original n'a pas été volontaire; qu'elle n'émane pas de lui, ni de personne qui l'ait valablement représenté; qu'enfin elle n'a pas été faite au débiteur. Alors se présente cette double question : à la charge de qui incombe la preuve? Quel genre de preuve est admissible?

Lorsque le débiteur a entre mains le titre original, sa possession même est-elle une présomption qu'il lui a été remis personnellement et volontairement par le créancier? D'anciens docteurs pensaient que, malgré sa possession du titre, le débiteur devait prouver que le créancier le lui avait remis volontairement. D'autres distinguaient : si le débiteur prétend qu'il a réellement payé, sa possession du titre fait présumer le payement, et, en conséquence, une remise volontaire. Si, au contraire, il prétend que, sans qu'il ait réellement payé, le créancier lui a fait remise de la dette, la possession du titre n'établit pas en sa faveur une présomption suffisante, et il est tenu de prouver, en outre, que le créancier lui a rendu volontairement le titre.

Pothier (1) rejette cette distinction, et pense que la possession du titre par le débiteur doit faire présumer qu'il lui a été volontairement rendu par le créancier, soit comme acquitté, soit comme remis, sauf au créancier à établir le contraire, s'il prétend que la restitution n'en a pas été volontaire de sa part. Cette dernière opinion est la seule exacte sous le Code civil (2).

(1) *Oblig.*, n° 573.

(2) Toullier, t. 7, n° 324. — Duranton, t. 12, n° 362. — Zachariæ, t. 2, p. 402, 1re édit., et t. 4, p. 207, 4e édit.

S'il est vrai, en effet, que la renonciation gratuite ne se présume pas aisément, et que la preuve testimoniale et les présomptions ne sont pas admissibles contre et outre un acte écrit, ou pour établir l'existence d'une obligation excédant cent cinquante francs, cependant, en fait, la possession en laquelle se trouve le débiteur du titre original, est une présomption incontestable de la remise qui lui en a été volontairement faite par le créancier, cette remise volontaire étant le mode le plus naturel de transmission. Et, en admettant cette présomption, on ne viole pas les dispositions prohibitives de la preuve testimoniale, puisque, d'une part, on rentre dans l'esprit de l'article 1282, et que, d'autre part, la loi n'entend point prohiber les présomptions qui résultent de faits reconnus et avoués des parties.

Mais le créancier pourra, à l'appui de ses allégations, fournir tous moyens de preuve en son pouvoir, et combattre la présomption qui existe en faveur du débiteur, par toutes preuves et présomptions contraires. Les faits qu'il se propose d'établir n'étant point de ceux qui aient dû ou pu être constatés par écrit, il pourra justifier, par tous moyens, que la remise du titre n'a pas été volontaire de sa part; que la possession du débiteur est le résultat du dol, de l'erreur, de la violence, d'un accident fortuit, d'une soustraction ou rétention frauduleuse, du fait d'un tiers (1).

Les juges pourront encore utilement apprécier les rapports des parties. Car les circonstances peuvent aggraver ou affaiblir la présomption résultant de la possession du titre. Par exemple, si le débiteur est le commis, le facteur, le domestique, le mandataire du créancier, si, par sa qualité et ses fonctions, il a été à même de ressaisir facilement la possession du titre, ils pourront considérer comme insuffisante la pré-

(1) DURANTON, t. 12, n° 362. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 402, nte 23, 1re édit., et t. 4, p. 207, 4e édit. — Cass., 10 avril 1833. SIREY, 33, 1, 383. — 5 mars 1835. SIREY, 35, 1, 805. — 17 avril 1860. SIREY, 60, 1, 518. — 11 février 1873. SIREY, 73, 1, 160.

somption que le débiteur invoque comme étant en possession du titre original. La remise pourra, dans ce cas, être présumée non volontaire, à raison des circonstances. Tel est le cas où le créancier aurait été forcé, par un incendie, une inondation, un pillage, de porter ses papiers chez un voisin, son débiteur; où le débiteur aurait coopéré, chez le créancier, à une levée de scellés, à un inventaire, à un déménagement (1). Ce sont là autant de questions de fait, qui sont livrées à l'appréciation discrétionnaire des tribunaux.

Si même il s'agissait de matières commerciales, où la preuve testimoniale et les présomptions sont admises par la loi, quelle que soit l'importance du débat, les juges pourraient se fonder sur les livres des parties, sur les divers documents et circonstances de la cause, pour décider que la remise du titre, quoique faite volontairement, ne fait cependant pas preuve de la libération du débiteur. La preuve que l'article 1282 fait résulter de cette remise volontaire, ne constitue point, en effet, une présomption légale péremptoire et absolue, exclusive de toute preuve contraire, comme le sont la prescription et l'autorité de la chose jugée. Elle peut donc être alors débattue par la preuve contraire, tous moyens en étant admissibles, suivant les règles ordinaires du droit commercial (2).

12. On peut par suite se demander, alors surtout que Pothier (3) ne parle que de présomption, comment l'article 1282 a pu dire que la remise volontaire du titre fait preuve de la libération, puisque les juges ont le pouvoir de ruiner par des présomptions contraires le principe même de cette preuve prétendue. Cette observation pouvant entraîner des conséquences fausses dans la pratique, nous devons signaler la confusion sur laquelle elle repose.

Cette preuve de la libération du débiteur, résultant de la

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 573. — Toullier, t. 7, n° 325.
(2) Cass., 18 août 1852. Sirey, 53, 1, 211.
(3) *Oblig.*, nos 572 et 813.

remise du titre, est subordonnée, ainsi que nous l'avons dejà dit, au concours de certaines conditions. Or, ce sont précisément ces conditions particulières qui en sont les éléments constitutifs, dont l'existence peut être combattue de la part du créancier par des présomptions contraires. Si leur existence n'est point constatée et vérifiée, la preuve de la libération est sans doute renversée dans son principe; mais, du moment que toutes les conditions au concours desquelles elle est attachée sont établies et reconnues, cette preuve existe d'une manière complète, et les juges ne peuvent s'empêcher de l'admettre, sans qu'aucune preuve contraire puisse alors être proposée. Il y a présomption légale (1352) (1).

Cette présomption n'existe, d'ailleurs, que dans les rapports, du créancier et du débiteur, et si le payement est censé fait des deniers de celui-ci, cette dernière présomption peut être combattue par la preuve contraire de la part du tiers qui serait intervenu pour acquitter la dette, et prétendrait l'avoir payée avec ses deniers personnels (2).

13. Le débiteur peut-il lui-même, lorsqu'il a perdu la possession du titre, être admis à prouver, par présomptions ou par témoins, que ce titre lui avait été remis volontairement par le créancier, et que, s'il ne l'a plus en sa possession, c'est parce que le créancier s'en est ressaisi par suite de dol, de violence, de soustraction, d'un cas fortuit imprévu quelconque? Pourquoi cette preuve serait-elle inadmissible? Opposerait-on qu'elle ouvre une voie indirecte à la violation des dispositions qui prohibent la preuve testimoniale; que le débiteur, pour se soustraire à leurs prohibitions, n'aurait qu'à alléguer une remise volontaire du titre original, et l'existence d'un accident quelconque qui l'en aurait plus tard dépossédé; que, dès lors, on retomberait dans tous les inconvénients que le législateur a

(1) ZACHARIÆ, t. 2, p. 401, n^te 21, 1re édit., et t. 4, p. 209, 4e édit. — DURANTON, t. 12, n° 365. — Voy. *infrà*, art. 1283, n°s 6 et 7.

(2) Cass., 6 août 1873. SIREY, 75, 1, 350.

voulu éviter en repoussant la preuve testimoniale, lorsqu'elle tend à prouver outre et contre un acte écrit?

Cette objection ne nous paraît point fondée. En disposant que la remise volontaire du titre original par le créancier au débiteur, fait preuve de la libération, l'article 1282, a, en effet, placé cette manière de prouver l'acquittement de la dette sur le même rang que la délivrance par le créancier d'une quittance en forme. Le débiteur qui s'en contente, non-seulement se conforme à la loi, mais encore fait tout ce que la loi lui indique de faire pour preuve de sa libération. Si, plus tard, lorsqu'un accident, un fait quelconque lui a fait perdre la possession du titre, et que le créancier s'en est ressaisi, la preuve testimoniale par lui offerte n'était pas admissible, ce serait véritablement un piége qui lui aurait été tendu par loi elle-même.

D'ailleurs, ce n'est pas de sa libération qu'il offre directement la preuve. Il se propose sans doute de l'établir, par voie de conséquence, par suite de la constatation du fait qu'il allègue; mais ce fait n'étant pas, au moment de son accomplissement, susceptible d'être établi au moyen d'un acte écrit, il y a en sa faveur, dans ce cas, exception aux prohibitions de l'article 1341, conformément aux dispositions de l'article 1348.

14. Il ne faut point entendre par titre original les simples factures, les états détaillés de fournitures ou de dettes diverses qui sont remis par le créancier au débiteur. Ces actes, n'étant pas signés de l'obligé, ne constituent point de titre contre lui. Leur remise seule n'établit aucune preuve, aucune présomption même de sa libération, à moins qu'ils ne portent le pour acquit, pour quittance, avec la signature du créancier.

Il arrive même quelquefois que le créancier, après y avoir apposé, avec sa signature, son pour acquit, remet ou fait remettre ces factures, ces états, ou même de véritables titres originaux de créance, à son débiteur, pour qu'ils puisse, avant de payer, en vérifier l'exactitude et la sincérité. Le débiteur,

les retenant frauduleusement et de mauvaise foi, pourra-t-il prétendre, sans que le créancier soit admis à prouver le contraire, que cette remise fait preuve de sa libération? Évidemment non. Le créancier, ne pouvant, dans ce cas, avoir une preuve écrite, sera toujours admis à établir, soit par témoins, soit par présomptions, que cette prétendue remise volontaire des pièces acquittées n'était qu'une communication officieuse, faite, suivant l'usage, en vue et dans l'attente d'un payement immédiat ou prochain, communication dont le débiteur a abusé, en les retenant par fraude comme preuve de sa libération. Les circonstances devront, d'ailleurs, rendre les tribunaux plus ou moins faciles dans l'appréciation des présomptions invoquées par le créancier (1).

15. Il convient maintenant de déterminer le sens du mot libération, dont se sert l'article 1282. Dans son acception la plus large, il signifie la délivrance personnelle du débiteur, et, par suite, l'extinction de l'obligation. Mais il n'en précise point le mode, tandis que l'article 1283, au lieu d'employer cette expression, se sert de celles-ci : la remise de la dette ou le payement. Le mot libération ne saurait avoir ici un autre sens. Il est synonyme de ceux-ci : remise de dette ou payement, qui ne sont que des modes de libération (2).

Le débiteur pourra, en conséquence, suivant son intérêt, prétendre que, de la part du créancier, il n'y a pas eu une simple remise, mais qu'il y a eu, de la sienne, un payement effectif. Et cet intérêt existera toutes les fois que le créancier, ou celui qui a remis pour lui volontairement le titre original, avait capacité et qualité pour recevoir payement, et ne pouvait, au contraire, valablement accorder au débiteur aucune remise. Car s'il suffit, pour que le payement soit valable, qu'il soit fait au créancier capable de recevoir, ou à quelqu'un ayant

(1) Duranton, t. 12, n° 363.
(2) Zachariæ, t. 2, p. 401, n^te^ 19, 1re édit., et t. 4, p. 208, 4e édit. — Duranton, t. 12, n° 364.

pouvoir de recevoir pour lui (1239, 1241), il faut, pour que la remise ou décharge soit valable, qu'elle soit faite par un créancier, ou par un tiers en son nom, ayant qualité ou capacité pour disposer de la créance.

Ainsi, l'un des créanciers solidaires peut recevoir payement de la totalité; mais il ne peut remettre que sa part (1198). Le débiteur a, dans ce cas, un grand intérêt à dire qu'il a payé, puisqu'il est libéré pour le tout, tandis que, s'il n'y avait qu'une simple remise, il ne serait libéré que de la part d'un seul créancier (1).

De même, si le titre original a été remis par une femme mariée, séparée de biens, mais non autorisée de son mari. Si, en effet, elle peut, sans autorisation, recevoir payement de son capital mobilier, elle ne peut, sans autorisation, faire remise de sa créance, cette remise constituant une véritable donation qu'elle ne peut faire, quel que soit le régime conjugal, sans y être autorisée (217, 905) (2).

L'intérêt du débiteur est encore le même lorsque le titre original lui a été remis par un mandataire, un administrateur qui pouvait recevoir payement, mais non disposer de la créance ; par un mineur, une femme mariée, qui ne pouvaient, sans doute, pas plus recevoir que disposer valablement, mais contre lesquels, en cas de payement, il a un recours à exercer jusqu'à concurrence de ce dont ils ont profité.

Quant à la remise du titre qui aurait été faite par un tiers qui a payé en l'acquit du débiteur, mais sans se porter créancier, elle ne constitue, jusqu'à preuve contraire, qu'une libéralité; car alors ce n'est pas du créancier qu'elle émane, comme le veut la loi (3).

(1) Duranton, t. 12, n° 364. — Zachariæ, t. 2, p. 401, n[te] 20, et p. 405, 1[re] édit., et t. 4, p. 208, 4[e] édit.

(2) Duranton, *ibid.*

(3) Cass., 24 nov. 1858. Sirey, 59, 1, 614.

16. Mais le créancier peut-il être admis à prouver, contrairement aux prétentions du débiteur à qui le titre original a été volontairement remis, qu'il n'y a pas eu de payement, mais une simple remise, sans payement aucun? L'article 1282 dit bien que cette remise du titre fait preuve de la libération du débiteur, et nous venons d'établir que le débiteur est censé libéré au moyen d'un payement effectif, qui est le mode le plus naturel de libération. Mais il ne nous semble pas en résulter la prohibition de toute preuve contraire.

Que le débiteur en possession du titre original qui constate la créance prétende que, quant à lui, il n'a plus rien à établir, que sa preuve se trouve toute faite, et qu'il en résulte sa libération par voie de payement; cette conséquence est la seule que l'on puisse tirer des dispositions de l'article 1282. Mais de ce que l'une des parties a en mains sa preuve toute formée, il ne s'ensuit pas qae l'autre ne puisse prouver le contraire. Il en résulte logiquement, tout au plus, qu'elle est dans la nécessité de combattre, par une preuve contraire, la preuve qui, du côté de son adversaire, est déjà toute faite. Le créancier qui a remis le titre de la créance peut donc être admis à prouver qu'au lieu d'un payement allégué par le débiteur, il n'y a qu'une simple remise. Il ne reste plus qu'à déterminer le genre de preuve admissible.

Nous pensons que tous moyens de preuve peuvent être admis; témoins, présomptions, comparution personnelle, interrogatoire, serment. Que dit, en effet, l'article 1282? Qu'il y a preuve de la libération du débiteur; mais il ne dit pas qu'il y a preuve de sa libération par voie de payement effectif, et non par simple remise. Comme mode ordinaire de libération, le payement, sans doute, se présume; mais ce n'est là qu'une présomption de fait, dont la valeur est subordonnée aux circonstances particulières. Or, quand le créancier offre de prouver qu'il y a eu remise, et non payement, il ne conteste pas le fait duquel le débiteur induit sa libération; il l'accepte comme prouvé, aux termes de la loi; il n'en conteste que le

mode spécial, et, à la présomption naturelle de payement, il prétend opposer des présomptions contraires (1).

Mais s'il y avait, outre la remise matérielle du titre, un pour acquit, signé du créancier ou d'un tiers ayant pouvoir en son lieu et place, comme ces mots expriment un payement effectif et réel, le créancier ne pourrait prouver, contre et outre cette mention écrite, qu'il n'y a eu qu'une simple remise, qu'à l'aide d'un commencement de preuve écrite, suivant les principes généraux du droit.

Du reste, il est incontestable que, dans tous les cas où il s'agirait de fraude à la personne, ou de fraude à la loi, quand bien même le titre remis contiendrait un pour acquit, pour quittance, le créancier pourrait prouver la simple remise qu'il allègue, par témoins ou par présomptions.

Article 1283.

La remise volontaire de la grosse du titre fait présumer la remise de la dette ou le payement, sans préjudice de la preuve contraire.

Sommaire.

1. Présomption résultant de la remise de la grosse du titre.
2. La possession en fait présumer la remise volontaire.
3. Mais la non représentation du titre ou de la grosse par le créancier n'établit aucune présomption en faveur du débiteur.
4. L'article 1283 s'applique au cas de jugement et d'acte notarié.
5. La remise de la grosse doit être faite par le créancier au débiteur.
6. Différence essentielle entre l'article 1282 et l'article 1283.
7. Quelle preuve est admissible contre la présomption?
8. Cas divers. Remise du titre original après jugement de condamnation.

(1) Duranton, t. 12, n° 364. — Marcadé, art. 1283, n° 4. — Zachariæ, t. 4, p. 208, 4e édit. — Voy. cep. Zachariæ, t. 2, p. 401, nte 20.

9. Principe des présomptions en cette matière.
10. Long temps écoulé sans demande, parenté, comptes respectivement rendus, etc.... Loi *Procula*.
11. Si le payement des dernières annuités fait présumer celui des termes antérieurs.
12. Raison de cette présomption. Concours de dettes différentes.
13. Remise par un notaire de la grosse ou du brevet.
14. Remise des pièces par un avoué.
15. Par un huissier.
16. Du titre cancellé, déchiré, lacéré.

COMMENTAIRE.

1. L'article 1283 prévoit un autre cas de remise tacite. Ce n'est plus le titre original constatant la créance, c'est la grosse du titre dont le créancier a fait volontairement remise au débiteur. Une pareille remise fait-elle présumer sa libération?

On entend par grosse la première expédition d'un acte, délivrée avec la formule exécutoire. Il n'y a ainsi que les actes authentiques et publics qui puissent être expédiés dans cette forme.

On comprend toute la différence qui existe entre le cas prévu par l'article 1283, et celui dont s'est occupé l'article précédent. Lorsque le créancier ne fait que remettre à son débiteur la grosse du titre, sans quittance, la minute restée aux mains du dépositaire public réclame incessamment en faveur du créancier, auquel, d'ailleurs, la grosse a pu être dérobée, ou qui, s'en reposant sur la minute, a pu s'en dessaisir et la livrer au débiteur, sans renoncer pour cela à l'exercice de ses droits, au moyen d'une seconde grosse qui peut lui être délivrée, moyennant l'accomplissement de certaines formalités.

Aussi Pothier (1) pensait-il qu'il n'en résultait pas une présomption suffisante du payement ou de la remise de la dette, à moins que d'autres circonstances ne concourussent.

Lors de la rédaction du Code, la commission du gouverne-

(1) *Oblig.*, n° 573.

ment chargée de ce travail, adopta l'opinion de Pothier et rédigea l'article 170 du projet en ces termes : « La simple remise de la grosse du titre ne suffit pas pour faire présumer la remise ou le payement. » La commission du conseil d'Etat pensa, au contraire, que la remise volontaire de la grosse du titre établissait une présomption suffisante ; mais elle entendait que le débiteur prouvât, au préalable, que la remise avait été volontaire, parce que c'était à lui, puisqu'il l'invoquait, à établir la circonstance essentielle sur laquelle seule la présomption peut se fonder. La première partie de la rédaction fut adoptée ; mais au lieu de dire que la preuve que la remise a été volontaire est à la charge du débiteur, on dit, ce qui est entièrement différent, sauf la preuve contraire.

Que la remise volontaire de la grosse du titre fasse, en effet, présumer la remise de la dette ou le payement, il n'y a là rien que de très naturel. La grosse, bien qu'elle ne soit par le titre qui constate la créance, n'en est pas moins la pièce essentielle par laquelle le titre est investi de force exécutoire, la pièce indispensable au créancier pour l'exercice de ses droits, et l'accomplissement des actes d'exécution. Il peut sans doute s'en faire délivrer une seconde, mais ce n'est que sur certaines justifications et au moyen de certaines formalités qu'elle peut lui être délivrée (844, 854, C. pr.). Lors donc qu'il remet volontairement au débiteur la grosse du titre, il est conforme à la raison de présumer l'extinction de la dette, soit par remise, soit par payement, suivant le plus grand intérêt du débiteur.

Mais la simple remise d'une copie ou expédition sans la formule exécutoire, n'établirait aucune présomption de libération.

2. Il y a mieux : par cela seul que le débiteur est en possession de la grosse du titre, il est censé y avoir été mis par une remise volontaire de la part du créancier. Ce moyen de transmission est, en effet, le plus naturel, et conséquemment le plus

vraisemblable. Ce sera donc au créancier à prouver que cette prétendue remise n'existe pas ou n'a pas été volontaire. Et il pourra l'établir par tous moyens de preuve, même par de simples présomptions. Mais, jusque-là, l'existence de la grosse dans les mains du débiteur suffit pour faire présumer, en fait, que la remise lui en a été faite volontairement. Ce point résulte évidemment de la discussion qui a précédé la rédaction définitive de l'article 1283, et des termes mêmes de cet article qui n'astreignent le débiteur à aucune preuve préalable (1).

3. Mais, de ce que le créancier dont la créance se trouve établie par jugement, ne produit ni le titre original, ni même la première grosse de ce jugement, on ne doit point conclure que le débiteur est censé libéré, et que c'est alors au créancier à prouver le contraire. La non représentation du titre ou de la grosse n'établit point, en effet, qu'ils aient été remis au débiteur, et ce premier fait doit être constant et reconnu; car il est le principe de la présomption légale. On peut tout aussi bien présumer que ces pièces se sont égarées dans les mains du créancier. Le débiteur doit donc prouver autrement sa libération (2). Cependant les juges peuvent y voir une présomption de fait qu'ils ont à apprécier.

Nous observerons à ce sujet que le débiteur est intéressé à conserver avec soin le titre ou la grosse, puisque leur possession vaut pour lui quittance, et que leur représentation est indispensable pour fonder la preuve ou la présomption légale de sa libération.

4. Les dispositions de l'article 1283 sont applicables, soit qu'il s'agisse de la grosse d'un acte notarié ou d'un jugement de condamnation. Et, dans ce dernier cas, il est même indifférent que le jugement ait été rendu en exécution d'un titre

(1) ZACHARIÆ, t. 2, p. 402, 1re édit., et t. 4, p. 209, 4e édit. — TOULLIER, t. 7, n° 328. — Voy. Cass., 28 août 1844. SIREY, 44, 1, 744.

(2) Cass., 29 janv. 1838. SIREY, 38, 1, 350.

original notarié ou sous signature privée, toujours subsistant. Ce titre se confond, en effet, dans le jugement qui en déclare et consacre de plus fort l'existence. Sous ce rapport, la décision judiciaire devient un titre nouveau, et la grosse qui en est remise volontairement au débiteur doit, par des raisons non moins puissantes que dans les autres cas, faire présumer sa libération.

Certaines circonstances livrées à l'appréciation des tribunaux pourront, néanmoins, quelquefois établir que la remise de la grosse du jugement au débiteur signifie seulement la remise ou le payement de tout ce qui excède les causes de l'obligation portées dans le titre original notarié ou sous signature privée; par exemple, seulement des frais d'instance, ou des dommages et intérêts alloués au créancier.

5. Bien que l'article 1283 ne le dise point en termes exprès, il faut, pour que la présomption de libération existe, que la grosse du titre ait été remise par le créancier au débiteur, comme au cas prévu par l'article précédent. Si cette remise n'avait pas été faite par le créancier ou qu'elle n'eut pas été faite au débiteur, elle n'établirait aucune sorte de présomption.

6. Il importe de remarquer la différence essentielle de rédaction qui existe entre l'article 1282 et l'article 1283. Suivant le premier de ces articles, la remise volontaire du titre original fait preuve de la libération; suivant le second, la remise volontaire de la grosse du titre la fait seulement présumer, sauf la preuve contraire. Cette dernière présomption, toute légale qu'elle est, peut donc être combattue par le créancier, par tous moyens de preuve propres à la contredire. Mais tant qu'elle n'a pas été détruite par une preuve contraire, les juges sont astreints à la suivre. Au contraire, dans le cas prévu par l'article 1282, il y a preuve en faveur du débiteur. Ce n'est pas que cette preuve soit elle-même autre chose qu'une présomption légale; mais, d'une part, cette présomption dispense

de toute preuve le débiteur au profit duquel elle existe, et, d'autre part, nulle preuve n'est admise contre elle, puisque la loi, sur son fondement, dénie l'action en justice au créancier, sans lui réserver la preuve contraire. Telle est la conséquence des articles 1282 et 1352 combinés (1).

Les rédacteurs du Code se sont ainsi écartés de l'opinion de Pothier, qui ne voyait dans la remise du titre original qu'une présomption (2), n'excluant pas la preuve contraire que la dette n'avait pas été payée (3). Et, en suivant la même progression que lui, mais en en renforçant chaque terme, ils ont fait de la remise du titre une preuve, au lieu d'une présomption, et de la remise de la grosse une présomption légale, au lieu d'une présomption imparfaite.

7. Nous devons encore remarquer que les éléments sur lesquels la présomption de l'article 1283 est fondée doivent être, au préalable, vérifiés et reconnus, et que, sur ce débat en quelque sorte préliminaire, le créancier peut, par toute espèce de preuves et de présomptions graves, précises et concordantes, établir que les conditions essentielles de cette présomption légale n'existent pas ; c'est-à-dire que la remise n'est pas volontaire, qu'elle n'est pas de la grosse du titre, qu'elle n'a pas été faite par lui au débiteur (4).

Enfin, dans le cas même où il est établi que la remise de la grosse a été volontaire, le créancier est admis à justifier par tous moyens de preuve, indépendamment d'un écrit, de l'aveu ou du serment, que cette remise a eu lieu dans un autre but et une autre pensée que de procurer au débiteur sa libération. Ainsi, la preuve contraire réservée par la loi s'applique, non-seulement aux conditions de fait auxquelles est subor-

(1) Zachariæ, t. 2, p. 401, n[te] 21, 1[re] édit., et t. 4, p. 209, 4[e] édit. — Duranton, t. 12, n° 365.

(2) *Oblig.*, n° 572.

(3) *Oblig.*, n° 813.

(4) Duranton, t. 12, n° 365. — Cass., 28 août 1844. Sirey, 44, 1, 744.

donnée la présomption, mais encore à l'autorité probante et à la portée légale de la présomption elle-même (1).

8. Nous devons examiner maintenant quelques cas spéciaux que la loi ne prévoit point, et où il est impossible dès lors de reconnaître l'existence d'une présomption légale de libération.

Par exemple, après jugement de condamnation, je remets à mon débiteur le titre original en exécution duquel il a été rendu; il n'y aura pas présomption en sa faveur. En effet, le jugement est mon titre définitif, le seul dont désormais j'aie à me prévaloir; en me dessaisissant du titre original, je ne me mets nullement dans l'impossibilité d'agir.

Cependant, cette remise volontaire peut constituer une présomption de fait, que les juges auront à apprécier selon les circonstances. Mais ce n'est qu'une simple présomption de fait, qui ne dispense pas le débiteur de toute autre justification, et que les juges peuvent admettre ou rejeter, sans que, dans ce dernier cas, le créancier se soit même donné la peine de la combattre.

Ajoutons que cette présomption ne peut tout au plus s'appliquer qu'aux causes de l'obligation, telle qu'elle résulte du titre original, et nullement aux accessoires résultant du jugement de condamnation, tels que frais, intérêts judiciaires, ou dommages et intérêts.

9. Avant d'aller plus loin, nous poserons le principe général qui régit les présomptions de cette nature. Aux termes de l'article 1347, les dispositions prohibitives de la preuve testimoniale cessent toutes les fois qu'il existe un commencement de preuve écrite. Or, il y a commencement de preuve par écrit, lorsque certains faits avoués et reconnus par la partie à qui on les oppose, rendent vraisemblable le fait allégué. Ce que nous aurons à rechercher dans les hypothèses que nous

(1) ZACHARIÆ, t. 2, p. 402, 1re édit., et t. 4, p. 209, 4e édit. — DURANTON, t. 12, n° 365.

allons examiner, ce sera donc, comme conséquence de faits avérés de la part du créancier, la vraisemblance de l'existence, en faveur du débiteur, d'une remise ou d'un payement. Sur le fondement de ce commencement de preuve écrite, la preuve testimoniale est admissible, et les simples présomptions le sont également. Mais ce ne sera jamais qu'une présomption de fait, qui, n'étant nulle part consacrée par la loi, peut être admise ou rejetée, sans autre preuve concordante qui la corrobore, ou sans autre preuve contraire qui la combatte.

10. Voici une espèce fameuse, empruntée à la loi romaine (1): Procula, créancière d'un fidéicommis considérable qui lui était dû par son frère, voulait, après la mort de ce dernier, le faire venir en compensation dans ses comptes avec ses héritiers. On répondait que jamais, du vivant de son frère, elle n'avait rien demandé, bien que souvent, et pour des causes différentes, elle lui eût fait des payements dans leurs comptes respectifs. Sur quoi l'empereur Commode décida qu'il n'y avait pas lieu à compensation, le fidéicommis étant censé remis tacitement.

Les anciens docteurs ont tiré, comme conséquence de cette loi, l'espèce de maxime suivante : *Ratio sanguinis, longi temporis diuturnitas, mutua rationum redditio ac computatio tacitè inducunt remissionem;* les rapports de parenté, le long temps écoulé, des comptes respectivement rendus et soldés (ajoutons, sans réclamation ni réserves); tout ceci fait présumer une remise tacite.

Sans disputer comme eux sur chacune de ces circonstances, nous nous bornons à dire que, sous le Code civil, rien ne s'oppose à ce que les juges admettent une semblable présomption, suivant les circonstances, qui peuvent varier, sans qu'il soit possible au jurisconsulte de déterminer à l'avance le nombre et la qualité des faits dont le concours est indispensable (2),

(1) L. 26, *ff. De probat.*

(2) Voy. Cujas, sur la loi 26, *ff. De prob.* — Domat, *Lois civiles*, liv. 3, tit. 6, sect. 4, n° 11. — Pothier, *Oblig.*, n°s 577 et 816.

pour fonder une présomption suffisante de remise ou de payement. Les tribunaux en sont aujourd'hui les appréciateurs souverains (1). On comprend, en effet, qu'en matière de présomptions de cette nature, les faits sont tout, et que, par exemple, il ne résultera aucun indice suffisant de payement ou de remise, de ce que dans les comptes antérieurs le créancier n'a indiqué ni réservé sa créance prétendue, lorsqu'il a eu quelque raison pour en dissimuler l'existence. Tel est le cas où, voulant garder l'incognito vis-à-vis de son débiteur, il lui a prêté par l'intermédiaire d'un banquier.

Voici une espèce que M. Toullier (2) rapporte, d'après Brunemann : Un père avait prêté de l'argent à sa fille ; il meurt longtemps après, sans avoir rien réclamé à l'échéance, et après avoir emprunté lui-même de la débitrice une certaine somme, sans parler du prêt antérieur. La fille réclame la somme qu'elle avait prêtée, et on prétend la compenser avec celle qu'elle avait empruntée auparavant. Elle répondit que son père lui en avait fait la remise ; et il fut décidé en ce sens, en déférant à la fille le serment décisoire.

Par application des mêmes principes, les juges peuvent trouver une présomption de remise ou de payement des premiers termes échus, dans le fait que le créancier a donné sans réserves une quittance expressément imputable sur les derniers termes, sauf à eux, s'ils le jugent à propos, de déférer à l'une des parties le serment supplétoire. Car il n'est pas à présumer qu'il eût accepté ce payement ainsi imputé, s'il n'eût été remboursé des termes antérieurement échus, les premières dettes s'exigeant et se payant d'habitude avant les dernières (3).

11. Ce n'était pas sur d'autres considérations qu'était fondée, sous le droit romain, la loi (4) suivant laquelle il suffisait de

(1) Toullier, t. 7, nos 335 et suiv. — Duranton, t. 12, n° 370.
(2) Toullier, t. 7, n° 337.
(3) Toullier, t. 7, n° 338. — Colmar, 22 mai 1812. Sirey, 14, 2, 82.
(4) 3, C. *De apoch. publ.*

représenter les quittances des contributions publiques pour trois années consécutives, pour être censé avoir acquitté les exercices précédents.

Et, sous notre ancien droit, on avait étendu cette présomption de payement au payement des rentes foncières ou constituées, aux loyers et fermages et autres prestations annuelles. C'est qu'il est ordinaire d'exiger les anciennes dettes avant les nouvelles, et qu'il convient de ne point mettre le débiteur dans la nécessité de garder d'anciennes et nombreuses quittances qui peuvent s'égarer.

Quant à ce nombre de trois quittances pour trois années consécutives, aujourd'hui plus encore que sous notre ancienne jurisprudence, il est purement arbitraire. Comme il ne s'agit que d'une pure présomption de fait livrée à l'appréciation des juges, ils ont incontestablement le droit de l'admettre ou de la rejeter, suivant les circonstances, soit qu'il y en ait plus ou moins de trois. Nous irons même jusqu'à dire que la quittance sans réserves d'une seule année peut faire présumer le payement des années antérieures, quoique Pothier (1) dise que ce sentiment ne paraît pas autorisé, pourvu, toutefois, que la présomption qui en résulte s'appuie sur d'autres circonstances (2).

Nous observerons encore qu'il convient de considérer, moins le nombre des dernières annuités acquittées, que le nombre des quittances données sans réserves, ne fussent-elles même relatives qu'à une seule, mais dernière année.

La même présomption doit également s'appliquer à la réception et à la quittance donnée sans réserves des derniers intérêts échus. Les intérêts plus anciens sont censés payés.

De même encore, la quittance du capital fournie sans réserves fait présumer le payement des intérêts ou arrérages; car le payement devant d'abord s'imputer sur les intérêts ou

(1) *Oblig.*, nº 812.
(2) TOULLIER, t. 7, nº 339. — DURANTON, t. 13, nº 433.

arrérages, il n'est pas à présumer que le créancier ait fait l'imputation sur le capital, si, d'ailleurs, il n'en avait pas été remboursé.

Enfin, comme les quittances sont des écrits émanés du créancier, les juges peuvent, suivant les circonstances, et bien qu'elles n'aient pas un rapport direct aux autres portions de la dette non réservée, les considérer comme constituant un commencement de preuve écrite de la libération du débiteur, qui les autorise, en conséquence, à admettre des présomptions graves, précises et concordantes (1). La question rentre ainsi dans l'application des règles générales relatives à la preuve.

12. Mais l'existence de cette présomption se rattache à la nature même des obligations auxquelles elle s'applique. Si, en effet, telle ou telle portion est tacitement présumée remise ou payée, c'est qu'elle est une partie de la seule et unique dette dont une portion a été quittancée sans réserves. L'unité d'obligation et l'identité de cause déterminent seules cette présomption qui, par voie d'extension, s'applique à certaines portions d'une même dette. Si donc il s'agissait de deux dettes différentes, le créancier ne serait point censé avoir fait remise ou avoir reçu payement de l'autre dette plus ancienne, par cela seul qu'il aurait donné sans réserves quittance de la dette plus récente (2).

De même, si dans un compte il n'a pas compris un article de créance, il ne résultera de cette omission aucune présomption contre lui, sauf les circonstances particulières que nous avons plus haut signalées (3).

Il n'y a non plus aucune présomption de remise ou de payement de la dette précédente dans le fait d'une personne qui prête à un tiers déjà débiteur envers elle, en vertu d'un acte

(1) Cass., 8 mars 1837. Sirey, 37, 1, 914.
(2) Duranton, t. 12, n° 369.
(3) Pothier, *Oblig.*, n° 577.

ou d'un jugement, sans mentionner dans le nouvel acte de prêt la première obligation. Les deux dettes concourent et peuvent, sans aucun doute, être réclamées toutes les deux. Telle est la décision du jurisconsulte Paul (1).

13. La remise par un notaire de la grosse ou du brevet d'un acte reçu par lui, sans réserve de ses déboursés et honoraires, fait présumer qu'ils lui ont été payés (2). Cette présomption, qui n'est que de fait seulement, est, néanmoins, subordonnée aux circonstances, telles que les relations du notaire avec la partie, ses habitudes personnelles, les usages des autres notaires de la localité. Les tribunaux doivent les apprécier (3).

Il faut en dire autant des autres fonctionnaires qui délivrent des expéditions des actes de l'autorité publique, tels que les greffiers et autres.

14. La remise des pièces par un avoué, sans réserve de ses frais, en fait également présumer, en fait, l'acquittement par la partie. Il convient, toutefois, de distinguer; s'il n'a remis que les actes qui lui avaient été confiés, il n'y a pas présomption, car il ne pouvait légitimement les retenir. Mais s'il a remis les actes émanant de ses œuvres personnelles, la présomption existe, car ces actes pouvaient être par lui retenus jusqu'à intégral payement de ses frais. Mais cette présomption dépend également de l'appréciation des circonstances.

Du reste, la remise que l'avoué d'appel ferait des pièces à la partie, ne saurait établir aucune présomption à l'égard de l'avoué qui a occupé en première instance.

15. Quant aux huissiers, comme il est dans leurs usages de

(1) L. 29, *ff. De oblig. et act.*

(2) ZACHARIÆ, t. 4, p. 210, n^te^ 44, 4e édit. — Cass., 4 avril 1826. SIREY, 26, 1, 585. — Douai, 13 fév. 1834. SIREY, 36, 2, 95. — Cass., 26 janvier 1858. SIREY, 58, 1, 527. — 6 février 1860. SIREY, 60, 1, 337. — Voy. cep. ZACHARIÆ, t. 2, p. 403, n^te^ 27.

(3) Dijon, 14 août 1879. SIREY, 80, 2, 15.

remettre les originaux de leurs actes avant d'être payés, la remise qu'ils en font n'établit contre eux aucune présomption. Du moins, il faudrait que des circonstances graves vinssent concourir avec cette remise; par exemple, le remboursement par l'huissier à son client de sommes qu'il aurait reçues pour lui. Il serait alors censé avoir prélevé ses salaires et déboursés.

16. La loi romaine (1) admettait la cancellation du titre original comme présomption de payement, à moins que le créancier n'établît qu'il n'avait pas été payé. Il y a, en effet, signe de libération, ou plutôt anéantissement du titre même, lorsqu'il est barré, croisé, réduit à un état matériel qui prouve par lui-même qu'il ne saurait encore servir. Pothier (2) pense même que la cancellation, comme la remise du titre original, dispense le débiteur d'apporter d'autres preuves de payement (3).

Mais comme le Code civil n'en a point fait expressément une présomption légale, quelque grave qu'elle soit, elle ne constitue, cependant, qu'une présomption de fait, qui, suivant les circonstances, pourra paraître aux juges suffisante ou insuffisante. Dans le cas où, toute seule, elle semblera suffire comme preuve de libération, ce sera au créancier à prouver le contraire, en établissant, par exemple, que le titre a été croisé, soit par erreur, dans l'attente d'un payement promis et non effectué, soit par le fait d'un tiers étranger. Il manque alors l'acte intentionnel, qui seul peut fonder la présomption.

Au titre cancellé, il faut assimiler le titre raturé, coupé, déchiré; son état matériel établit une présomption de libération. Denizart (4) rapporte un arrêt du 6 août 1759, qui déclara acquittée une obligation dont le titre avait été déchiré, et dont les morceaux avaient été recollés.

(1) L. 24, *ff. De prob.*

(2) *Oblig.*, n° 813.

(3) Domat, *Lois civiles*, liv. 3, tit. 6, sect. 4, n° 12. — Toullier, t. 7, n° 340. — Duranton, t. 13, n° 432.

(4) V° *Payement*, n° 35.

La signature du débiteur effacée, arrachée, raturée, alors même que le reste de l'acte serait intact, est encore un signe de libération. Mais il reste toujours à apprécier les circonstances.

Ajoutons qu'il est prudent de réduire le titre à cet état matériel, qui l'anéantit en quelque sorte, chaque fois que l'on veut, néanmoins, le conserver. Il peut, en effet, dès lors, rentrer impunément dans les mains du créancier.

Article 1284.

La remise du titre original sous signature privée, ou de la grosse du titre, à l'un des débiteurs solidaires, a le même effet au profit de ses codébiteurs.

Sommaire.

1. Dispositions de l'article 1284.
2. Elles s'appliquent au cas où la dette est indivisible.
3. Chaque codébiteur peut-il opposer la remise du titre ou de la grosse à celui d'entre eux à qui cette remise a été faite, et qui prétend exercer contre eux son recours, dans le but d'y échapper?
4. La caution peut, pour l'exercice de son recours, se prévaloir de la remise du titre ou de la grosse.
5. *Quid,* s'il y a plusieurs cautions pour des parts déterminées?
6. La remise du titre ou de la grosse à un tiers étranger ne suffit point pour fonder son recours contre le débiteur.
7. *Quid,* s'il s'agit de débiteurs conjoints?

COMMENTAIRE.

1. Lorsque la dette concerne plusieurs débiteurs solidaires, la remise du titre original sous signature privée à l'un d'eux fait preuve de la libération au profit de ses codébiteurs, et la remise de la grosse du titre à l'un d'eux fait présumer également, au profit des autres, la remise de la dette ou le payement. Tel est le sens de l'article 1284, combiné avec les articles 1282 et 1283.

Quelques docteurs pensaient cependant, autrefois (1), qu'il n'y avait, dans ce cas, preuve ou présomption que de la libération personnelle de celui à qui le titre ou la grosse avait été remise. Pothier (2) pensait, au contraire, que cette remise devait avoir le même effet à l'égard des autres codébiteurs, parce que, autrement, le créancier, s'il n'eût entendu éteindre la dette qu'envers l'un d'eux, eût retenu le titre original ou la grosse pour poursuivre les autres en payement. Cette opinion a été suivie par les rédacteurs du Code civil.

2. Par identité de raisons, l'article 1284 doit être appliqué au cas où il s'agit d'une dette indivisible.

3. Est-ce à dire que chaque codébiteur peut se prétendre libéré, soit par une remise de la dette censée faite au profit de tous, soit par un payement censé fait des deniers communs? Qu'il soit admis à le soutenir envers le créancier qui, en se dessaisissant du titre ou de la grosse, n'a fait aucune réserve; nous admettons ce point comme conséquence immédiate et directe de l'article 1284. Mais qu'il puisse élever les mêmes prétentions à l'égard de son consort, à qui le titre ou la grosse a été personnellement remise, alors qu'il veut exercer contre les autres son recours ordinaire, nous ne saurions également le reconnaître.

En effet, comme c'est entre ses mains que le créancier s'est dessaisi de son titre, la présomption de libération existe d'abord en sa faveur, et si elle s'étend aux autres codébiteurs ce n'est que par cette raison qu'il est autorisé, par la nature même de l'obligation, à faire leur condition meilleure. Il est donc le premier en droit d'invoquer la présomption qui résulte de la remise de la grosse ou du titre original. Dès lors, il peut suivant son plus grand intérêt, donner pour cause à la libération commune de tous les codébiteurs, soit une simple

(1) Voy. Brunemann, sur la loi 2, *ff. De pactis.*
(2) *Oblig.*, nº 572.

remise de la dette, soit, ce qui est le moyen le plus naturel et le plus ordinaire, un payement effectif.

Est-ce une remise ou décharge pure et simple? Tous en profitent comme lui, du moment que le créancier n'en a ni restreint ni modifié les effets généraux. Mais il peut la limiter, et lui attribuer des effets spéciaux que, sans cela, elle ne produirait pas. Il peut même, sous la forme d'un payement qui se présume toujours de préférence, faire une véritable remise exclusivement en faveur du codébiteur à qui il remet le titre ou la grosse, afin de lui ménager, comme s'il avait réellement payé, un recours contre les autres pour leurs parts et portions. Ce sera alors aux autres coobligés, qui voudront échapper à ce recours de la part de leur consort, mis en possession du titre ou de la grosse, qu'incombera la charge d'établir que le créancier a entendu faire une remise qui dût profiter à tous.

Est-ce un payement réel qu'il prétend avoir fait? Cette allégation s'appuie sur une présomption naturelle, et vainement les autres codébiteurs prétendraient-ils que ce payement est censé fait des deniers communs. Par cela seul que l'un d'eux est personnellement et exclusivement en possession du titre ou de la grosse, il y a présomption qu'il a acquitté la dette de ses deniers personnels. Si les autres prétendent le contraire, c'est à eux de l'établir. Il n'existe, en effet, à leur profit, présomption de libération que par rapport au créancier, et encore ne peuvent-ils l'invoquer, par voie d'extension, que parce qu'elle existe, à son origine, en faveur de leur consort personnellement. Ils ne sauraient donc l'étendre dans leurs rapports avec ce dernier, lorsqu'il s'en prévaut pour exercer contre eux son recours.

4. La remise volontaire par le créancier à la caution, du titre original ou de la grosse, fait également preuve ou présomption en sa faveur de la remise ou du payement de la dette. Mais elle peut aussi, suivant son plus grand intérêt, prétendre

qu'elle a réellement payé, et exercer, en conséquence, son recours contre l'obligé principal, sauf à ce dernier à établir, au contraire, qu'il y a eu, de la part du créancier, une simple remise ou décharge qui, dans son intention, devait lui profiter comme à la caution.

Si plusieurs personnes avaient cautionné un même débiteur pour une même dette, et que le créancier eût remis à l'une d'elles le titre original ou la grosse, il y aurait de même, en faveur de celle-ci, preuve ou présomption de payement, pour fonder son recours contre les autres, chacun pour sa part et portion.

5. Mais supposons que le cautionnement ait été donné par deux ou trois personnes expressément pour une moitié, un tiers; ce qui arrive, au surplus, à raison de la divisibilité de la dette, lorsque la caution unique laisse plusieurs héritiers. La remise du titre entre les mains de l'une de ces cautions, pour partie seulement, établit-elle alors une présomption de payement qui l'autorise à poursuivre, comme subrogée, son recours pour le tout contre l'obligé principal? Nous ne le pensons point. Elle pourra, sans doute, s'en prévaloir pour la part qu'elle a cautionnée; car, pour cette part, elle était obligée, et la remise du titre ou de la grosse, établissant le payement censé fait par elle, l'autorise à exercer son recours. Mais comme, pour le surplus, elle n'était pas obligée, la remise du titre ou de la grosse, en ce qui concerne cet excédant, n'établit ni preuve ni présomption de payement en sa faveur. Elle n'a enfin pour tout ce qui excède la part cautionnée par elle, à exercer de recours contre le débiteur principal qu'en vertu de quasi-contrat de gestion d'affaires; et, en sa qualité de partie demanderesse, elle doit l'établir. Toutefois, elle pourra invoquer comme première présomption, en fait, du payement qu'elle allègue, la possession où elle est du titre ou de la grosse.

Tel serait encore le cas où le débiteur principal serait devenu plus tard héritier de la caution pour une portion quel-

conque. Il pourrait, avec raison, opposer à son cohéritier, possesseur du titre, que cette seule possession n'établit une présomption de payement que jusqu'à concurrence de la portion dont il était tenu, et exiger que, pour le surplus, il justifiât le payement intégral qu'il invoque, par d'autres circonstances que la seule possession du titre ou de la grosse.

6. Mais, lorsque la grosse ou le titre original a été remis à un tiers étranger qui ne représente point le débiteur, et qui n'est à aucun titre chargé d'acquitter la dette pour ou avec lui, cette remise ne constitue en sa faveur, ni contre le créancier, ni contre les débiteurs, aucune présomption de payement. Cette remise, à moins qu'il ne s'agisse d'un billet au porteur, ne vaut, en effet, dans ce cas, ni cession, ni délégation, ni transport. Le tiers étranger qui prétend, soit qu'il y fût intéressé ou non, avoir acquitté la dette, et exercer en conséquence un recours envers celui ou ceux qu'il a ainsi libérés, doit établir autrement que par la possession où il se trouve du titre ou de la grosse, qu'il a réellement payé en leur acquit. Cette circonstance peut sans doute être considérée par les juges comme constituant une présomption de fait; mais, toute seule, sans autres indices, elle est insuffisante.

Du reste, sera valable le payement que le débiteur aura fait de bonne foi, sur les poursuites en recours dirigées contre lui, entre les mains de ce tiers étranger qui est en possession de la créance (1240).

7. Quant aux débiteurs simplement conjoints, nous avons déjà dit (1) que la remise à l'un d'eux, par le créancier, du titre ou de la grosse, ne fait preuve ou présomption de payement que pour la part personnelle et virile de ce débiteur. S'il doit, dans ce cas, même à l'égard du créancier, établir autrement que par la possession seule du titre, qu'il a acquitté la totalité de la dette, il est, à plus forte raison, tenu de prouver de même

(1) Art. 1282, n° 10.

le payement total qu'il allègue, à l'égard des autres codébiteurs, contre lesquels il prétend exercer un recours, comme ayant payé en leur acquit. Seulement, la remise du titre peut établir, en fait, une simple présomption, que les juges doivent apprécier suivant les autres circonstances.

Article 1285.

La remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des codébiteurs solidaires libère tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers. — Dans ce dernier cas, il ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise.

Sommaire.

1. Quelles personnes sont capables de remettre gratuitement,
2. Et à titre onéreux?
3. Pour en profiter il faut être capable de recevoir.
4. La remise gratuite est une donation. Conséquences.
5. De l'acceptilation sous le droit romain. Simplicité de notre droit.
6. La remise doit être acceptée.
7. Elle peut être faite par lettre missive.
8. Elle peut, comme toute autre convention et dans les mêmes cas, être prouvée par témoins.
9. Elle peut être conditionnelle.
10. De la remise par la voie d'un tiers intermédiaire. Distinction.
11. La remise peut se faire sous la forme d'une transmission de créance, par exemple par endossement.
12. Elle peut se faire par testament.
13. La remise faite à l'un des débiteurs solidaires profite aux autres.
14. Différence entre la remise de dette et la remise de solidarité.
15. En cas de réserves contre les autres, le créancier doit déduire la part du codébiteur déchargé.
16. Quelle est cette part? Cas divers.
17. Distinguer si la remise vaut, au profit de celui à qui elle est accordée, cession et subrogation.
18. De la remise d'une obligation indivisible.

COMMENTAIRE.

1. Nous touchons à la remise expresse, que le Code civil appelle aussi décharge conventionnelle.

Pour remettre, comme pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer. Ainsi les mineurs, émancipés ou non, et les interdits, même assistés de leur tuteur ou curateur, ne peuvent valablement remettre. Car la loi ne leur permet point de faire une donation, et la remise est, en réalité, un acte de libéralité à titre purement gratuit (1).

Les personnes soumises à un conseil judiciaire (499, 513) peuvent, au contraire, valablement remettre sous l'assistance de ce conseil. La loi leur reconnaît, en effet, la capacité de transiger, et, conséquemment, de disposer.

Les femmes mariées ne peuvent également remettre sans l'autorisation du mari. La femme même séparée de biens a besoin de cette autorisation, parce qu'elle ne peut sans elle disposer de ses biens à titre gratuit (217, 905).

Quant aux personnes frappées de mort civile, comme la remise est un de ces actes qui appartiennent au droit naturel plutôt qu'au droit civil, elles pouvaient autrefois remettre valablement (2).

2. Nous avons considéré jusque-là la remise comme faite à titre de pure libéralité. Ce n'est pas qu'elle ne puisse être faite à titre onéreux, comme condition de ce que, d'autre part, le débiteur s'oblige à donner, à faire ou à ne pas faire. Dans ce cas, la capacité du créancier qui l'effectue doit s'apprécier suivant les règles particulières aux contrats à titre onéreux.

3. Quant à la personne du débiteur, lorsque la remise est faite à titre purement gratuit, il doit avoir la même capacité

(1) Duranton, t. 12, n° 343.
(2) Duranton, t. 12, n° 345.

pour recevoir que s'il s'agissait d'une donation proprement dite. Les personnes également incapables de recevoir une donation sont donc également incapables de recevoir remise de leur dette. Il convient, en un mot, d'appliquer alors à la remise les mêmes règles qu'aux donations.

Ainsi le médecin, le ministre du culte ne peuvent profiter d'une remise faite dans les termes de l'article 909 (1).

Ainsi encore, la remise faite en faveur d'un enfant naturel doit s'imputer sur la portion héréditaire que la loi lui accorde (908).

4. Elle est, comme une donation ordinaire, révocable pour cause de survenance d'enfants (960) (2), et pour cause d'ingratitude de la part du débiteur (3).

Si elle a eu lieu entre époux, elle est, au même titre, toujours révocable pendant le mariage (1096).

Elle est soumise au rapport ordinaire entre cohéritiers, à moins qu'il ne résulte de l'appréciation des circonstances, qu'il était dans l'intention du donateur d'en faire profiter le donataire, à titre de préciput et hors part (4).

Elle est encore, comme donation indirecte et déguisée, passible de l'action en réduction, lorsque, de la part du créancier, il y a eu excès de la quotité disponible.

Mais ces questions, que nous ne faisons que résumer, appartiennent spécialement à la matière des donations. Nous ne devons point y insister.

5. Quant à la forme, la remise n'est subordonnée à aucune

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 586.

(2) POTHIER, *Donat.*, sect. 3, art. 2, § 1. — DURANTON, t. 12, n° 354. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 361, 1re édit., et t. 7, p. 428, 4e édit. — DELVINCOURT, t. 2, p. 80. — *Contrà*, TOULLIER, t. 5, p. 312. — COIN-DELISLE, art. 953, n° 14.

(3) DURANTON, t. 8, n° 566, et t. 12, n° 356. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 353, 1re édit., et t. 7, p. 418, 4e édit.

(4) ZACHARIÆ, t. 4, p. 453, 1re édit., et t. 6, p. 627, 642, 4e édit.

condition spéciale (1). Cependant, selon les principes du droit romain, on distinguait entre les contrats appelés consensuels, qui se formaient par le seul consentement des parties, et les contrats appelés réels, ou ceux qui se formaient par la stipulation. Pour les obligations résultant des contrats consensuels, la remise pouvait s'en faire par une simple convention, par laquelle le créancier déclarait au débiteur qu'il le tenait quitte et déchargé. Les obligations étaient éteintes de plein droit par cette convention (2).

Mais quant aux autres obligations, pour que la remise pût les éteindre de droit, il fallait recourir à la formalité de l'acceptilation, soit simple, soit aquilienne. L'acceptilation simple ne s'appliquait qu'aux obligations résultant de contrats formés par la voie solennelle de la stipulation. Elle consistait dans la demande adressée par le débiteur au créancier, s'il entendait le tenir quitte, et dans la réponse conforme et affirmative de ce dernier.

L'acceptilation aquilienne, du nom de son inventeur Aquilius Gallus, consistait dans la stipulation que le créancier faisait du débiteur, de ce que celui-ci lui devait déjà à un autre titre. Puis, le débiteur stipulait à son tour du créancier, comme dans le cas de l'acceptilation simple, s'il entendait le tenir quitte, et, sur la réponse conforme et affirmative du créancier, il y avait extinction de l'obligation. Cette espèce d'acceptilation avait été ainsi imaginée afin de convertir toute obligation en obligation stipulée, et de ménager par là, à la suite de cette novation de forme, le moyen d'accomplir l'acceptilation ordinaire (3).

Mais le simple pacte de remise, sans éteindre l'obligation

(1) Cass., 2 avril 1862. Sirey, 63, 1, 203. — 26 août 1881. Sirey, 32, 1, 213.

(2) L. 35, *ff. De reg. jur.*

(3) Voy. *ff.*, tit. *De accept.* — Instit., *Quib. mod. toll. oblig.*, § 1 et 2.

de plein droit, ne conférait au débiteur qu'une exception contre l'action du créancier (1).

Notre ancienne jurisprudence française n'a jamais admis ces formes subtiles, et les obligations ont été toujours éteintes de plein droit par une simple convention de remise.

6. Comme contrat, la remise ou décharge conventionnelle doit être acceptée par le débiteur au profit duquel elle a lieu. L'offre du créancier peut ainsi être rétractée, tant que l'acceptation de l'autre partie n'est pas intervenue (2).

Quant à la manière dont le contrat se forme, et quant à la date à laquelle il se trouve définitivement formé, nous renvoyons aux principes généraux que nous avons développés en traitant de la formation des contrats.

Vainement quelques auteurs ont-ils prétendu que la remise pouvait être faite par la seule volonté du créancier, et que sa renonciation unilatérale à ses droits emportait par elle-même et immédiatement extinction de la dette. Il suffit d'observer que le créancier qui entend faire remise de sa créance, a moins la volonté absolue d'abdiquer son droit d'une manière générale, que l'intention d'y renoncer en faveur de la personne de son débiteur, c'est-à-dire de lui en faire donation. La remise, considérée dans son titre gratuit et dans son application à une personne déterminée, est, en effet, une donation véritable, et, comme telle, elle ne reçoit son entière perfection que par l'acceptation du débiteur.

Par suite, elle peut être acceptée par les ascendants du mineur émancipé, ou non émancipé, quoiqu'ils ne soient ni tuteurs ni curateurs, suivant l'article 935 (3).

7. La proposition de remise de la part du créancier peut

(1) Voy. *ff.*, tit. *De pactis.*

(2) Pothier, *Oblig.*, n° 578. — Toullier, t. 7, n° 321. — Duranton, t. 12, n° 357. — Zachariæ, t. 2, p. 401, n[te] 16, 1[re] édit., et t. 4, p. 204, n[te] 20, 4[e] édit.

(3) Pothier, *Oblig.*, n° 584.

être faite par lettre missive; et s'il a, pour la rétracter, tout le temps censé nécessaire au débiteur pour qu'il puisse faire connaître sa réponse, il ne sera plus admis, après l'expiration de ce délai, à la retirer, sous prétexte que le débiteur ne l'a pas informé de son acceptation. Ce dernier est, en l'absence de toute expression de volonté contraire, censé avoir accepté. Autrement, comme le mode le plus naturel et le plus ordinaire de réponse à une lettre missive est d'adresser une lettre semblable, il serait au pouvoir du créancier de faire revivre une dette éteinte en supprimant la lettre du débiteur qui contient acceptation (1).

Si donc le créancier meurt ou change de volonté avant l'arrivée de la lettre, ou que le débiteur meure avant cette arrivée, il n'y a pas de contrat (2).

8. La remise, si elle n'est constatée par écrit, ou s'il n'en existe aucune présomption légale, peut être prouvée par témoins. Mais la preuve testimoniale n'en est admissible que suivant les principes généraux que nous développerons plus loin. Ainsi, s'agissant de matière commerciale, le débiteur peut être admis à prouver par témoins que le créancier d'une lettre de change lui a fait remise du capital, à la charge par lui de payer viagèrement les intérêts à lui et à son héritier (3).

9. La remise peut être conditionnelle, et, dans ce cas, elle a pour effet de rendre la dette conditionnelle, comme si elle eût été dès le principe contractée sous une condition contraire à celle qui est apposée à la remise.

10. De ce que la remise ou décharge conventionnelle constitue un contrat qui, pour son entière perfection, a besoin

(1) Toullier, t. 7, n° 323.
(2) Pothier, *Contrat de change*, n° 176.
(3) Cass., 2 janv. 1843. Sirey, 43, 1, 428.

d'être accepté par le débiteur, on en a conclu (1) que, dans le cas où le créancier avait remis à un tiers intermédiaire des billets pour être remis de sa part au débiteur, à une époque déterminée, à titre de pure libéralité, la remise demeurait sans effet par la mort du créancier arrivée avant l'acceptation du débiteur, le tiers n'ayant point qualité pour l'accepter au nom de ce dernier.

Nous ferons une distinction qui nous semble propre à concilier divers principes. Si le créancier, dans le but et l'intention de décharger son débiteur, emploie la forme expresse d'une convention, il est évident et incontestable que la remise restée à l'état de simple proposition s'évanouit du moment que, le créancier étant mort, le débiteur ne peut plus donner une acceptation utile. Non-seulement la convention n'est pas formée, mais encore sa formation est désormais impossible; et vainement le débiteur opposerait-il que le tiers intermédiaire a accepté pour lui, s'il ne justifie pas qu'il avait réellement pouvoir d'accepter en son nom. Car ce tiers étranger, si d'ailleurs il n'y a un intérêt personnel, n'a pu stipuler pour lui. Il n'y a donc pas eu de convention, de remise régulièrement formée; et la mort du débiteur, avant son acceptation, produirait les mêmes effets.

Mais si le créancier, au lieu d'employer la forme expresse d'une décharge conventionnelle, emploie toute autre voie indirecte de libéralité, qui, loin d'offrir aucun caractère contractuel, se résume dans un fait unilatéral d'abdication et d'abandon absolu de son droit, lequel, pour être efficace, n'a pas besoin d'être accepté; par exemple, s'il remet à un tiers intermédiaire le titre original de la dette, ou la grosse du titre pour être remise au débiteur, à une époque déterminée, ou sous condition, comme en cas de mort ou d'accident; s'il charge un tiers, dans les mêmes circonstances, de remettre au débi-

(1) DURANTON, t. 8, n° 394, et t. 12, n° 357. — TROPLONG, *Donat.*, n°s 1076 et suiv. — Paris, 1er mars 1826. SIREY, 26, 2, 297.

teur la quittance qu'il lui délivre de la dette ; dans tous ces cas, la remise nous paraît devoir produire effet, bien que le débiteur n'ait pas pu l'accepter du vivant du créancier (1).

C'est que la remise n'est assujettie à aucune formalité, et que dans la forme sous laquelle elle se produit alors, elle consiste uniquement dans la reconnaissance unilatérale, de la part du créancier, du fait de payement que suppose et prouve à la fois, soit la quittance, soit la remise du titre ou de la grosse. Or, comme les reconnaissances de cette nature, emportant par le fait délaissement et extinction du droit prétendu, n'ont pas besoin, pour produire leur effet, d'être acceptées par le débiteur, il s'ensuit que la remise de la dette, directe ou par intermédiaire, alors même qu'elle a pour objet une libéralité déguisée en sa faveur, est tout aussi régulière et valable, comme expression de sa libération (2), que si elle s'était manifestée par le fait matériel de la destruction et de la cancellation du titre.

11. La remise de la dette, au lieu de se produire sous la forme d'une quittance, ou de la tradition du titre ou de la grosse qui fait présumer un payement, peut s'effectuer au moyen de la transmission même de la créance au débiteur. Ainsi, le créancier voulant remettre la dette, transmet directement à son débiteur son titre de créance par voie d'endossement, ou il charge un tiers intermédiaire, avec ou sans condition, de le lui faire parvenir. Ainsi faite, la remise est valable.

Cet endossement transmet, en effet, la propriété au porteur, et est par lui-même une expression suffisante de cette transmission, alors même que le tiers intermédiaire n'a remis au débiteur le titre qu'après la mort du créancier.

Fût-il même en blanc, cet endossement suffirait encore pour

(1) L. 3, § 2, *ff. De liber. leg.* — Cass., 2 avril 1823. Sirey, 23, 1, 238. — Colmar, 5 juillet 1870. Sirey, 70, 2, 317.
(2) *Contrà,* Troplong, *Donat.,* n°s 1076 et suiv.

transmettre la propriété (1), pourvu, toutefois, que la créance fût transmissible de cette manière. Car si le titre de la créance était simplement civil et non négociable, la remise qui en aurait été faite à l'un des débiteurs solidaires, par la voie d'un endossement, n'emporterait pour le détenteur du titre aucune transmission de propriété. D'autre part, comme il n'existe dans ce cas, ni acte de libéralité valable, ni acte régulier de transmission sous forme d'un contrat onéreux, le détenteur du titre ne peut invoquer la tradition qui lui en a été faite comme constituant un don manuel de créances, lesquelles sont des choses incorporelles qui ne peuvent faire le sujet d'un don de cette nature (2), ou plutôt des choses dont la transmission ne peut régulièrement s'opérer que dans les formes spéciales qui lui sont propres.

12. Il est enfin incontestable que le créancier peut faire remise de sa créance à son débiteur, par voie de disposition testamentaire. C'est ce que le droit romain appelait léguer la libération, *liberationem legare* (3); et ce legs peut se faire pour le tout ou pour partie (4).

Mais il est évident qu'il ne vaut que tout autant que le créancier n'a pas, de son vivant, réclamé ou touché la dette. Car alors cette demande ou cette réception emporte caducité (5).

S'il y a plusieurs obligés solidaires, tous profitent du legs de remise, quand même le nom d'un seul serait inscrit dans le testament, à moins qu'il ne soit établi qu'il n'a pas été fait également en la considération des autres (6). La remise ne profite alors qu'au légataire nommé, soit comme simple

(1) Cass., 12 déc. 1815. Sirey, 16, 1, 322. — 9 mars 1837. Sirey, 37, 1, 714. — 21 août 1837. Sirey, 37, 1, 866.

(2) Cass., 1er fév. 1842. Sirey, 42, 1, 203.

(3) L. 1 et 3, *ff. De lib. legat.*

(4) L. 7, *ff. ibid.*

(5) L. 7, § 4, *ff. De lib. legat.* — L. 17, *ibid.*

(6) L. 3, § 4, *ff. ibid.*

décharge personnelle, soit comme legs de créance qui s'éteint en partie sur sa propre tête, par voie de confusion.

13. Revenons à la remise ou décharge conventionnelle proprement dite, la seule dont s'occupe l'article 1285. Pothier (1) distinguait deux espèces de remise, la remise réelle, qui existe lorsque le créancier déclare qu'il tient la dette pour acquittée, ou lorsqu'il en donne quittance comme s'il avait réellement reçu payement; la remise ou décharge personnelle, qui a lieu lorsque le créancier décharge simplement le débiteur de son obligation. Celle-ci n'éteint, suivant lui, la dette qu'indirectement, parce que la personne du débiteur seule est déchargée, et que si l'obligation est éteinte, ce n'est que parce que il n'y a pas d'obligation sans un obligé. Et de là il concluait que, si la dette est solidaire, le codébiteur à qui la décharge personnelle n'est point accordée, n'est libéré que de la portion de celui à qui elle est accordée, et qu'il demeure obligé pour le surplus.

En ce point, Pothier s'écartait des principes du droit romain, d'après lesquels l'acceptilation, tenant lieu de payement, libérait tous les coobligés solidaires (2). Le Code civil a suivi l'opinion d'Ulpien. La remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des codébiteurs solidaires libère tous les autres; voilà le principe, et voici l'exception, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers (1285).

Si cette réserve doit être expresse, il n'existe, néanmoins, aucune forme sacramentelle en laquelle elle doive rigoureusement être exprimée. Il suffit qu'elle résulte clairement et formellement des termes de la remise raisonnablement interprétés. Ainsi, la remise faite simplement d'une part contient par cela même réserve du surplus.

14. Il ne faut point confondre la décharge conventionnelle,

(1) *Oblig.*, n°s 580 et suiv., et n° 275.
(2) L. 16, *ff. De accept.*

dont s'occupe l'article 1285, avec la simple remise de solidarité, dont nous nous sommes occupé sous les articles 1210 et suivants. La simple renonciation expresse ou tacite au bénéfice de la solidarité entraîne, en effet, seulement la division de la dette à l'égard du débiteur ou des débiteurs au profit desquels elle existe, sans emporter, comme la décharge conventionnelle, la libération des codébiteurs.

15. Lorsque le créancier, en accordant la remise à l'un des codébiteurs solidaires, a expressément réservé ses droits contre les autres, il ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise (1285). Cette part remise est, en effet, censée payée, et si elle n'était pas déduite, la remise ne produirait aucun résultat, puisque les codébiteurs non déchargés auraient, après avoir payé la totalité de la dette, un recours à exercer contre celui d'entre eux à qui la remise aurait été accordée.

Et, dans ce cas, si l'un ou plusieurs des autres codébiteurs deviennent insolvables, la portion des insolvables sera contributoirement répartie entre tous les débiteurs, même ceux précédemment déchargés (1215); de telle sorte que le créancier ne pourra poursuivre les codébiteurs non déchargés, que déduction faite de la part du codébiteur déchargé dans la dette, et de sa part contributive dans les insolvabilités (1).

16. La part à déduire, lorsque le créancier a réservé ses droits contre les autres, en déchargeant conventionnellement l'un d'eux, et lorsqu'une répartition différente de la dette entre les codébiteurs n'a pas été faite contradictoirement avec lui, soit dans l'acte même qui la constitue ou dans un acte postérieur, cette part, disons-nous, est, au plus, une part égale et virile, ou bien la part réelle du débiteur déchargé, si elle est inférieure à une part virile.

(1) Art. 1210, n° 7, art. 1215, n°s 2 et suiv. — Toullier, t. 7, n° 329. — Duranton, t. 11, n° 224.

Mais si elle était supérieure, le créancier qui l'ignorait en faisant remise, conserverait son action solidaire contre les autres pour leurs parts réelles, et encore pour tout ce qui excède, dans la part du débiteur déchargé, une part égale et virile. En l'absence de toute répartition différente connue du créancier, les codébiteurs solidaires sont, en effet, censés avoir réparti entre eux la dette d'une manière égale; et le créancier, en faisant alors remise à l'un d'eux, est censé lui-même ne l'accorder que dans la pensée d'une semblable répartition.

Ce sera également sur cette part égale et virile que devra se calculer la contribution dans les insolvabilités (1).

Il s'ensuit que, si le codébiteur solidaire déchargé n'était en réalité que caution, les autres continueraient d'être tenus de la totalité de la dette, la décharge conventionnelle n'étant qu'une remise du cautionnement;

Que, si le codébiteur déchargé était, au fond, seul intéressé dans la dette, la remise ne serait pas de sa part réelle, qui est de la totalité, mais de sa part virile, la seule que le créancier, dans l'ignorance d'une division contraire, ait entendu remettre (2).

Si le créancier avait su que les parts des créanciers solidaires dans la dette étaient différentes, il est clair que la décharge conventionnelle s'entendrait des parts réelles, et non des parts égales et viriles des codébiteurs auxquels elle serait accordée.

Mais je suppose qu'il accorde décharge conventionnelle à celui des codébiteurs que la dette, à sa connaissance personnelle, concerne en réalité pour le tout, et que, néanmoins, tout en faisant cette remise, il réserve ses droits contre les autres, qui ne doivent être alors considérés que comme cautions (1216). Si l'on entend la remise de la totalité, la réserve de ses droits contre les autres n'a plus aucun sens. Or, il convient de l'interpréter de manière à lui faire produire quelque

(1) Voy. art. 1210, n° 8. — Art. 1215, n° 4.
(2) TOULLIER, t. 7, p. 397, note.

effet; et elle n'en produira que si on entend la décharge conventionnelle seulement de la part virile et égale du codébiteur solidaire que la totalité de la dette concernait seul. Telle nous paraît être la seule interprétation raisonnable qu'on puisse lui donner, puisque le créancier, par la réserve qu'il fait de ses droits contre les autres, exprime bien clairement la pensée de ne pas accorder une remise entière et absolue. Ajoutons que le débiteur de la totalité y gagne encore de ne plus être tenu que sous la déduction de cette part virile, eu égard au nombre des coobligés (1).

17. Si la remise accordée par le créancier à l'un des codébiteurs solidaires, de la totalité de la dette, ne l'avait été que par suite d'engagements personnels contractés par ce codébiteur, il est évident qu'alors ce dernier aurait à exercer contre les autres un recours, comme s'il avait réellement payé. Ses obligations nouvelles tiennent, en effet, lieu de payement à l'égard des autres codébiteurs.

Si même le créancier, ne recevant qu'un payement partiel, ou même ne recevant rien de l'un des codébiteurs, déclarait, néanmoins, le subroger à ses droits, ce codébiteur aurait à exercer contre les autres le recours ordinaire en cas de payement.

Enfin, s'il résultait de l'acte qualifié de remise que le créancier a entendu, sous cette forme, donner et céder la totalité ou partie de la créance au codébiteur à qui une prétendue décharge est accordée, ce codébiteur aurait encore à faire valoir la créance contre ses consorts pour le tout, si le don en est de la totalité, ou pour la partie seulement donnée, si le don n'est que partiel.

Il importe donc beaucoup de faire attention au caractère de la remise, et de rechercher si, dans l'intention du créancier, cette remise, soit qu'elle ait lieu à titre onéreux ou à titre

(1) Toullier, t. 7, p. 398, note.

gratuit, doit avoir pour effet de subroger le codébiteur à qui elle est accordée aux droits résultant de la créance, sauf à lui à les faire valoir, comme en cas de véritable payement, contre les autres codébiteurs. La remise ou décharge conventionnelle, accordée à l'un d'eux, ne profite, en effet, aux autres coobligés, que lorsqu'il n'est point d'ailleurs établi qu'un recours lui a été réservé et ménagé contre eux (1).

18. Les dispositions de l'article 1285 s'appliquent également aux obligations indivisibles. La remise ou décharge conventionnelle, au profit de l'un des débiteurs, libère les autres, à moins de réserve contraire. Peut-être même y a-t-il, à raison de la nature de l'obligation, des raisons plus fortes de les appliquer au cas d'indivisibilité qu'à celui de solidarité.

Si le créancier a fait des réserves, il doit, par voie de réduction dans sa demande ou de recours en indemnité, subir la déduction de la part du débiteur qu'il a déchargé. Les autres débiteurs pourront même, suivant les circonstances, poursuivre la révocation de l'engagement, en établissant qu'ils ne l'ont contracté qu'en vue de la participation et de l'accession de leur consort dans l'acquittement de l'obligation indivisible.

Article 1286.

La remise de la chose donnée en nantissement ne suffit point pour faire présumer la remise de la dette.

Sommaire.

1. La remise du gage ne fait pas légalement présumer la remise de la dette.

COMMENTAIRE.

1. Cet article serait incontestablement mieux à sa place à la suite des articles précédents, 1282, 1283, 1284, qui s'occupent

(1) Duranton, t. 11, n° 227.

de la remise tacite. C'est bien, en effet, un cas de remise tacite qu'il prévoit, mais pour écarter toute présomption légale de remise.

La remise de la chose donnée en nantissement, dit-il, ne suffit point pour faire présumer la remise de la dette. Le créancier peut donc restituer au débiteur la chose donnée en gage ou en antichrèse, sans être présumé, pour cela, remettre sa créance. C'est que le principal peut parfaitement exister indépendamment de l'accessoire.

Il peut, de même, renoncer à une hypothèque, à un privilége, sans que, pour cela, sa créance soit présumée éteinte.

Mais remarquons, que la loi, en disposant que la remise du gage ne suffit point pour faire présumer la remise de la dette, interdit seulement aux juges le droit d'invoquer ce fait comme présomption légale, pour en faire résulter la libération du débiteur. Elle ne s'oppose point à ce qu'ils y voient, suivant les circonstances, une simple présomption, laquelle, consistant dans un fait avoué et reconnu, peut établir un commencement de preuve écrite, et autoriser l'admission de tous moyens de preuve propres à la fortifier et à la compléter. Si la loi n'a point entendu faire de cette remise du gage une présomption légale qui dispensât de toute autre preuve, elle n'en a pas moins abandonné l'appréciation, comme simple présomption de fait, aux lumières et à la sagacité des juges.

Article 1287.

La remise ou décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions ; — celle accordée à la caution ne libère pas le débiteur principal ; — celle accordée à l'une des cautions ne libère pas les autres.

Sommaire.

1. La remise accordée au débiteur libère les cautions.
2. La remise accordée à la caution ne libère pas le débiteur.

3. La remise accordée à l'une des cautions ne libère pas les autres. Conséquences de cette remise.
4. Les articles 1285 et 1287 ne sont pas applicables en cas de concordat.
5. Du recours qui peut être exercé par la caution à qui remise a été faite.

COMMENTAIRE.

1. Comme le cautionnement suppose essentiellement une dette principale, la remise ou décharge conventionnelle, accordée au débiteur principal libère les cautions (1287), et cette libération est irrévocable, quand même le débiteur renonce ensuite à la remise.

Le créancier n'a même, dans ce cas, aucuns droits qu'il puisse utilement réserver contre elles; car cette réserve aboutit, dans son exercice, ou à un recours des cautions contre le débiteur, ce qui rend la remise sans effet pour lui, ou à un payement de la part des cautions, sans recours contre le débiteur, ce qui est contraire aux dispositions de l'article 2037, qui prononce la libération de la caution quand le créancier ne peut, par son fait, la subroger à ses droits. Cependant si le créancier, en réservant ses droits contre la caution, avait expliqué que la remise ne pourrait être opposée par le débiteur dans le cas où il serait obligé de subroger la caution, celle-ci dont la position n'est pas aggravée, ne pourrait opposer la remise qui est ainsi inefficace (1).

2. Mais comme le cautionnement n'est que l'accessoire de la dette, la remise accordée à la caution ne libère pas le débiteur principal (1287).

3. S'il y a plusieurs cautions, fussent-elles même solidaires (2), la remise accordée à l'une d'elles ne libère pas les

(1) Orléans, 6 juin 1868. SIREY, 69, 2, 6.
(2) GAUTHIER, *Subrogation*, n° 505. — *Contrà*, TOULLIER, t. 7, n° 331.

autres (1287) de leurs parts que le créancier est censé se réserver. Appliquée aux cautions, la remise n'est jamais qu'une remise de cautionnement individuel.

Mais, dans ce cas, comme le créancier doit à ses cautions subrogation à ses droits, et qu'il est responsable envers elles de la perte ou de la diminution de ses actions, il ne peut poursuivre les autres cofidéjusseurs non déchargés, alors même qu'ils auraient renoncé au bénéfice de division, que sous la déduction de la part pour laquelle ils auraient eu à exercer un recours contre le cofidéjusseur déchargé, s'il ne l'eût pas été, c'est-à-dire de sa part virile dans la dette et sa part contributive dans les insolvabilités (1).

Mais par cofidéjusseurs, on doit entendre ici seulement les personnes qui se sont portées cautions de la même personne et de la même dette, soit ensemble par le même acte, soit séparément et successivement de manière à compter les unes sur les autres. Si donc le créancier déchargeait la caution qui s'est obligée séparément la dernière, les autres ne pourraient se prévaloir de cette remise pour faire réduire leur cautionnement, quoique la dette dût se répartir indistinctement entre tous les cofidéjusseurs, simultanés ou successifs, si aucun d'eux n'avait été déchargé (2). Car le cautionnement remis par le créancier ne constituait pas, pour ces autres cautions, au moment où elles se sont engagées, une garantie qui dût leur être conservée, puisque, n'existant pas, elles n'avaient pas à y compter (3).

4. Terminons par une double observation : la première, c'es que les dispositions des articles 1285 et 1287, relatives à la remise ou décharge conventionnelle, ne sont point applicables

(1) Toullier, t. 7, n° 331. — Duranton, t. 12, n° 375. — Zachariæ, t. 2, p. 404, 1re édit., et t. 4, p. 205, 4e édit. — Gauthier, n° 503. — Mourlon, *Subrogation*, p. 513.

(2) Troplong, *Caut.*, n° 426. — Ponsot, n° 282.

(3) Pothier, *Oblig.*, n° 581. — Duranton, t. 12, n° 375. — Marcadé, art. 1287, n° 7. — *Contrà*, Gauthier, n° 504.

au cas de remise forcée résultant d'un concordat formé en cas de faillite. Le créancier conserve alors tous ses droits contre les coobligés solidaires et les cautions, nonobstant la remise à laquelle il a été forcé de consentir (1). Mais par contre, elles s'appliquent à la remise consentie volontairement contre abandon d'actif à un débiteur non déclaré en faillite, et en dehors des dispositions de la loi du 17 juillet 1856 (2).

5. La seconde est relative au recours que la caution, à qui la remise a été accordée, peut exercer quelquefois contre le débiteur et les autres cautions. Au lieu de se borner à faire une simple remise à la caution, le créancier peut, en effet, sans avoir rien reçu, mais dans l'intention de la gratifier, vouloir la subroger à ses droits et actions, par exemple, en énonçant un payement par une quittance ou par tout autre acte, ou en exprimant cette cession d'actions de toute autre manière. Dans ce cas, la caution exerce un recours comme si elle avait réellement payé; et vainement le débiteur ou les autres cautions prétendraient qu'il n'y a pas eu de payement; car le créancier pouvant céder ses actions, a pu les donner sous la forme d'un acte légalement suffisant pour valoir comme cession et subrogation (3).

D'autre part, si la remise ou décharge accordée à la caution n'était que la récompense de services appréciables rendus par elle au créancier, qui, en la déchargeant, a voulu la rénumérer, elle aurait contre le débiteur une action en indemnité, jusqu'à concurrence de ce qu'elle a payé pour obtenir la remise de son cautionnement, valeur de services rendus (4).

(1) Voy. art. 542 et suiv., C. comm. — Cass., 9 août 1842. Sirey, 42, 1, 845. — 17 juin 1867. Sirey, 67, 1, 356.

(2) Cass., 12 nov. 1867. Sirey, 68, 1, 61. — 8 avril 1868. Sirey, 68, 1, 260 — Caen, 10 juin 1868. Sirey, 68, 2, 251. — Pau, 21 janvier 1869. Sirey, 69, 2, 79. — Cass., 30 mars 1869. Sirey, 69, 1, 343.

(3) L. 10, § 13, *ff. De Mand.* — Troplong, *Caut.*, n° 374. — Gauthier, n°s 336 et suiv.

(4) Pothier, *Oblig.*, n° 431. — Troplong, *Caut.*, n° 335.

Hors ces cas, la caution à qui une simple remise a été accordée à titre de libéralité, n'a à exercer aucun recours comme n'ayant rien déboursé ni libéré personne (1).

ARTICLE 1288.

Ce que le créancier a reçu d'une caution pour la décharge de son cautionnement doit être imputé sur la dette, et tourner à la décharge du débiteur principal et des autres cautions.

Sommaire.

1. Ancien droit.
2. Critique de l'article 1288.
3. L'article 1288 interdit toute stipulation contraire.
4. Le créancier peut stipuler que le cautionnement revivra, en cas d'imputation sur la dette.
5. Conséquences des dispositions de l'article 1288.
6. *Quid*, si la caution paye, pour être déchargée, une chose autre que celle qui fait l'objet de l'obligation. Hypothèses diverses.

COMMENTAIRE.

1. Les dispositions de notre article sont contraires à l'opinion de Pothier (2) et de Dumoulin (3). Suivant eux, la somme que la caution avait payée pour être déchargée de son cautionnement, n'étant point donnée à titre de payement, ne pouvait jamais venir en déduction de la dette, et tourner à la décharge du débiteur principal et des autres cautions.

Ils proposaient, néanmoins, une distinction sur le caractère licite ou illicite d'une semblable convention, mais eu égard seulement à la caution qui payait ainsi le prix de la décharge de son cautionnement. Le créancier avait-il juste sujet de craindre l'insolvabilité du débiteur, il pouvait, suivant eux,

(1) L. 12, *ff. Mand.* — MARCADÉ, art. 1287, nº 8.
(2) *Oblig.*, nºs 581 et 582.
(3) *De usur.*, Quest. 34.

licitement stipuler une somme pour décharger la caution, cette somme n'étant, après tout, que le prix du risque de cette insolvabilité dont se chargeait désormais le créancier, par suite d'un contrat réellement aléatoire.

N'avait-il, au contraire, aucun sujet de craindre l'insolvabilité du débiteur, ils lui refusaient le droit d'exiger licitement rien de la caution pour la décharger de son cautionnement. Car les risques étant nuls, le prix doit être nul. Il n'y a point alors de contrat véritablement aléatoire.

Et, dans ce cas même, la caution justifiant que le créancier n'avait aucun sujet de craindre l'insolvabilité du débiteur, ne pouvait répéter ce qu'elle avait payé, qu'à la charge par elle de demeurer obligée comme caution, ainsi qu'elle l'était avant d'avoir été déchargée, ou d'offrir le payement de la dette en commençant par imputer, aux termes de droit, ce qu'elle avait payé pour sa décharge.

Quant au débiteur principal, la caution n'avait aucun recours contre lui pour la somme qu'elle avait payée, même indûment, pour être déchargée, à moins qu'il n'eût été convenu que, faute par lui de lui rapporter dans un certain délai sa décharge, elle pourrait l'acheter du créancier à prix d'argent. Dans ce cas, la caution avait le droit de s'en faire indemniser par le débiteur, et ce dernier pouvait, par suite, faire venir en déduction de la dette et tourner à sa décharge personnelle ce que la caution n'avait payé que, sauf recours contre lui, pour être déchargée de son cautionnement.

Mais, hors ce cas, le débiteur principal ne pouvait jamais répéter, ni imputer ce que le créancier avait reçu indûment de la caution pour lui remettre son cautionnement.

2. Cette opinion de nos deux grands jurisconsultes, Pothier et Dumoulin, n'a pas été adoptée par les rédacteurs du Code civil. L'article 1288 dispose, au contraire, que ce que le créancier a reçu d'une caution pour la décharge de son cautionnement doit être imputé sur la dette, et tourner à la décharge du débiteur principal et des autres cautions.

Cette disposition a été justement critiquée (1). Est-ce l'usure qu'elle a empêchée et proscrite? Mais il suffit d'observer, avec Pothier et Dumoulin, que ce que la caution paye pour sa décharge, n'est que le prix d'un risque sérieux d'insolvabilité qui passe sur la tête du créancier, et qu'il est contraire à tous les principes de droit et d'équité, dans les contrats aléatoires, qu'une personne ait tous les risques sans en recevoir l'équivalent.

Dira-t-on avec l'orateur du gouvernement, qu'on a craint que le système contraire à l'article 1288 ne fût un moyen de fraude à l'égard des autres cautions, si le créancier et la caution s'entendaient pour que la somme payée ne fût pas imputée sur la dette? Mais il est manifeste que cette fraude est impossible; car si la caution qui a payé le prix de sa décharge ne l'impute pas sur la dette, elle en demeure personnellement chargée, et elle n'a, dès lors, aucun recours à exercer contre les cofidéjusseurs, puisqu'elle ne les a pas libérés. Ainsi, ce serait elle qui ferait tous les frais de cette prétendue fraude. Son intérêt personnel est ici la meilleure garantie.

La seule raison fondée que nous puissions accepter, c'est que le législateur a voulu éviter les débats et les difficultés qu'aurait souvent soulevés l'appréciation des risques d'insolvabilité prétendue, sous le double rapport de leur existence et de leur gravité. Il a pensé que souvent le créancier, sans aucun motif sérieux, pouvait amener la caution à de semblables sacrifices, par la menace de poursuites rigoureuses et la crainte de frais considérables. Voilà, suivant nous, les seuls inconvénients réels dont il ait dû se préoccuper.

Mais pour un mal qu'il a évité, il en a rencontré un autre. Le créancier, soigneux de ses intérêts, se gardera bien de décharger la caution, puisqu'il ne peut le faire que gratuitement, la somme qu'il reçoit devant toujours venir en déduction de la dette. Il ne le fera du moins que lorsqu'il craindra que

(1) Voy. Duranton, t. 12, n° 379.

la caution ne devienne elle-même insolvable. Ainsi, les cautions trouvent dans les dispositions protectrices de la loi elle-même, un obstacle réel à ce qu'elles soient jamais déchargées de leur cautionnement.

3. Vainement le créancier, en déchargeant la caution, stipulerait que ce qu'il reçoit comme prix de sa décharge, ne viendra pas en déduction de la dette. Les dispositions de l'article 1288 sont impératives, et prohibitives de toutes stipulations contraires. Elles ont été conçues dans une pensée qui tient aux principes d'ordre et d'intérêt publics.

4. Mais si le créancier avait stipulé expressément, qu'au cas où la somme payée vînt en déduction de la dette, nonobstant la clause contraire, la caution ne serait pas déchargée, et que son cautionnement continuerait, cette stipulation devrait être maintenue et exécutée.

5. La somme payée par une caution pour obtenir la décharge de son cautionnement, doit être imputée sur la dette ; voilà le principe, et ce n'est que par voie de conséquence qu'elle tourne à la décharge du débiteur principal et des autres cautions. Il s'ensuit que le créancier doit la déduire du montant de la dette, lorsqu'il poursuit le débiteur principal en payement ;

Que s'il poursuit les autres cofidéjusseurs, il doit également la déduire, soit qu'ils réclament ou non le bénéfice de division, mais en commençant par l'imputer sur la part virile de la caution déchargée, dans le montant intégral de la dette ;

Que la caution déchargée a, pour tout ce qu'elle a payé, un recours à exercer contre le débiteur principal, et seulement pour leurs parts viriles dans la dette contre les autres cofidéjusseurs ;

Enfin, que dans l'exercice de ce recours elle est légalement subrogée aux droits du créancier, comme si elle avait payé purement et simplement par imputation sur la dette.

6. Si la dette consistant, par exemple, en une somme d'ar-

gent, la caution a payé toute autre chose pour obtenir sa décharge, la valeur de cette prestation doit, d'après estimation, venir à due concurrence en diminution de la dette. Le créancier ne pourrait même, à moins qu'il ne s'en fût réservé le droit, exiger, en offrant de rendre ce qu'il a reçu de la caution, que le débiteur ou les autres cautions lui payent la totalité de la dette en argent, sous le prétexte qu'il ne doit pas recevoir payement partie en une chose, et partie en une autre. Car si l'obligation cesse, dans ce cas, de recevoir une exécution indivisible, ce résultat ne vient que de son propre fait, et il ne saurait s'en plaindre.

Mais si, la dette consistant, au contraire, en toute autre chose, la caution a payé pour obtenir sa décharge, soit une somme d'argent, soit une chose différente, le débiteur et les autres cofidéjusseurs ont le droit, nonobstant l'offre d'imputation faite par le créancier, d'acquitter la totalité de la dette, comme si rien n'avait été déjà reçu par lui. Ils ne sauraient, en effet, être contraints de diviser l'exécution de leurs engagements.

De son côté, le créancier a le droit d'exiger, s'il résulte de la nature de l'obligation qu'elle ne pouvait être divisée, que le débiteur l'acquitte en entier, sans déduction, comme s'il n'avait rien reçu. Car l'imputation suppose un payement partiel et divisé, tandis que nous supposons ici un payement qui doit être indivisible.

Mais, dans ces deux derniers cas, le créancier recevant d'ailleurs l'intégralité de sa créance, est tenu, par l'action en répétition de l'indû, de restituer à la caution ce qu'elle a payé pour sa décharge; et cette dernière n'a elle-même aucune action en recours contre le débiteur ou les autres cautions, puisqu'elle ne les a en rien libérés. Loin de là, elle est elle-même soumise à un recours de leur part.

SECTION IV.

DE LA COMPENSATION.

Article 1289.

Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes de la manière et dans le cas ci-après exprimés.

Sommaire.

1. Définition de la compensation.
2. Ses avantages pratiques.

COMMENTAIRE.

1. Dans son sens le plus résumé, la compensation est une imputation réciproque de payements. Le jurisconsulte Modestin l'appelle, *debiti et crediti inter se contributio* (1). Mais c'est plutôt indiquer comment elle opère, que d'en déterminer, par une définition exacte, les causes et les effets.

La compensation est donc l'extinction totale ou partielle de deux dettes jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives, laquelle s'opère de plein droit, à l'instant où ces deux dettes se trouvent exister à la fois, le débiteur et le créancier de l'une étant en même temps créancier et débiteur de l'autre.

Il semble alors que chacune de ces dettes soit mise dans un plateau de la balance, qu'on les y pèse, et qu'on vérifie si leur poids respectif est égal, ou quelle en est la différence. Le mot compensation n'a pas littéralement une autre étymologie.

2. Rien n'est plus simple et plus naturel que ce mode d'extinction des obligations. Je vous dois mille francs, pour une

(1) L. 1, *ff. De comp.*

cause quelconque; de votre côté, vous m'en devez autant. A quoi bon vous payer la somme que je vous dois, puisque vous auriez à me payer immédiatement la même somme? Il est bien plus simple de résumer ces deux opérations en une imputation réciproque de payements, qui produit, comme l'auraient fait deux remboursements effectifs, notre commune libération. La loi romaine déclarait même la compensation nécessaire, parce qu'il est de l'intérêt des parties de ne pas avoir à payer, plutôt que d'avoir à répéter après avoir payé; *ideò compensatio necessaria est, quia interest nostrâ potiùs non solvere, quàm solutum repetere* (1).

Que si la dette de l'un était supérieure à celle de l'autre, toute imputation faite jusqu'à concurrence de la quotité moindre, celui-ci demeurerait créancier seulement du surplus. C'est en ce sens que l'on dit que qui compense paye, que la compensation tient lieu de payement; *solutionis vicem obtinet, ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet* (2).

Lors donc que deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes (1289). Nous verrons, sous les articles suivants, comment, dans quels cas et sous quelles conditions cette extinction a lieu.

Article 1290.

La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs; les deux dettes s'éteignent réciproquement à l'instant où elles se trouvent exister à la fois jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives.

Sommaire.

1. La compensation a lieu de plein droit.
2. Mais le débiteur peut en poursuivre la reconnaissance en justice, même l'opposer pour la première fois en appel.

(1) L. 3, *ff. De comp.*
(2) L. 4, *ff. Qui potior.* — L. 4, C. *De comp.*

3. Compensation facultative par voie d'exception ou de reconvention.
4. Compensation d'actions.

COMMENTAIRE.

1. La compensation est une opération si simple, et en même temps si avantageuse aux deux parties, que la loi suppose toujours que leur intention est d'éteindre par ce moyen leurs obligations réciproques. Elle fait donc elle-même d'autorité ce que les parties sont censées avoir l'intention de faire; c'est-à-dire que la compensation s'opère de plein droit, par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs. Sous le droit romain et notre ancienne jurisprudence, la compensation s'opérait également de plein droit, *ipso jure* (1).

Ainsi, les débiteurs n'ont pas besoin d'opposer la compensation pour qu'elle s'accomplisse. S'ils l'opposent, ce ne peut être que pour la porter à la connaissance du juge, afin qu'il la reconnaisse et la déclare. Mais ses effets n'en remontent pas moins au jour même où toutes les conditions exigées se sont trouvées concourir, et les deux dettes ont été réciproquement éteintes à l'instant même où elles ont existé à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives (1290).

Voilà la compensation légale ou de plein droit.

2. Mais, de ce qu'elle s'opère par la seule vertu et autorité de la loi, il ne faut point conclure que celui qui est à la fois créancier et débiteur ne puisse point poursuivre son débiteur, par voie d'action principale ou d'exception, pour obtenir la reconnaissance de ses droits. Si la compensation a lieu de plein droit, c'est dans la supposition du concours des deux créances; or, il est évident que celui qui n'a aucun titre est bien fondé à provoquer un jugement qui reconnaisse sa créance et établisse les bases de la compensation.

Le juge saisi de l'action n'a qu'à déclarer le demandeur

(1) L. 4, C. *De comp.*

créancier de telle somme. Car alors vient s'appliquer de lui-même le principe que la compensation a lieu de plein droit. Il n'a même qu'à déclarer la compensation, sans condamner le débiteur à payer; du moins il ne peut le condamner à payer que sous le bénéfice de la compensation, ce qui n'a pas même besoin d'être exprimé, puisque la compensation est de droit.

L'exception qui en résulte peut être opposée pour la première fois en cause d'appel (464, C. pr.); et dans ce cas, il n'y a pas à distinguer si elle doit avoir pour résultat seulement d'éteindre la demande, ou bien de constituer le demandeur débiteur, après toute compensation opérée. La juridiction d'appel régulièrement saisie de la demande principale et de l'exception de compensation, est parfaitement compétente pour condamner la partie à laquelle cette exception est opposée à payer à son adversaire l'excédant de la créance de ce dernier. En statuant ainsi sur la cause de l'exception qui lui est soumise d'une manière indivisible, et en prononçant une condamnation contre le demandeur pour le surplus de sa dette, elle ne viole point la règle des deux degrés de juridiction (1).

3. Il est une autre espèce de compensation que nous appellerons facultative, à l'exemple des auteurs, parce qu'elle s'opère, par voie d'exception ou de reconvention, dans d'autres circonstances et sous d'autres conditions que la compensation légale. Nous nous en occuperons plus loin.

4. Nous parlerons également d'une dernière espèce de compensation, à laquelle nous donnerons le nom de compensation d'actions, parce que le prétendu créancier ne peut agir sans qu'au même instant le débiteur n'ait, à raison même de son action, un recours à exercer contre lui.

Article 1291.

La compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont

(1) Cass., 10 janv. 1853. Sirey, 53, 1, 624.

également pour objet une somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce, et qui sont également liquides et exigibles. — Les prestations en grains ou denrées contestées, et dont le prix est réglé par les mercuriales, peuvent se compenser avec des sommes liquides et exigibles.

Sommaire.

1. Quatre conditions nécessaires pour la compensation légale.
2. Concours de deux personnes respectivement débitrices et créancières.
3. Le débiteur ne peut compenser sa dette avec la créance d'un tiers. Exemples.
4. Si le mari, débiteur, peut opposer en compensation la créance de sa femme.
5. Il est indifférent que l'action soit intentée par un tuteur, un mandataire.
6. Les sociétés constituent une personne morale. Conséquences.
7. Effets de l'acceptation pure et simple ou bénéficiaire d'une succession.
8. Distraction des dépens prononcée au profit de l'avoué.
9. Les personnes respectivement débitrices et créancières doivent l'être personnellement et principalement.
10. Les dettes doivent avoir pour objet une somme d'argent, ou des choses fongibles entre elles.
11. Exception pour les prestations en grains et denrées. Etendue de cette exception.
12. Rapprochement des articles 1291, C. civil, et 129, C. pr.
13. Cas particulier de compensation en matière de corps certain.
14. Des obligations de faire.
15. Les dettes doivent être également liquides.
16. *Quid*, si elles sont inégalement liquides et exigibles?
17. Sous quelles conditions une dette et réputée liquide.
18. Des comptes à faire et de leurs éléments.
19. Des comptes-courants et autres comptes et liquidations à faire.
20. Il ne faut pas confondre le défaut de liquidité avec la contestation engagée sur l'existence même de la compensation.
21. Des intérêts usurairement perçus.
22. Du cas où il s'agit d'une obligation alternative.
23. Les dettes doivent être également exigibles.
24. Des obligations sujettes à une action en nullité ou en rescision

25. Des obligations prescrites.
26. Du remboursement d'une rente pour défaut des sûretés promises, ou non payement des arrérages pendant deux ans.
27. De la déchéance du terme pour cause de déconfiture, faillite..., etc.
28. La compensation est indépendante de la capacité des parties et de la forme des actes.
29. Compensation d'actions. Son fondement.
30. Suite. Exception de garantie. Son origine. Exemples.
31. Suite. Ses caractères.
32. Exemple particulier.
33. De l'héritier bénéficiaire et de la femme acceptant la communauté.
34. En quels cas cesse l'exception de garantie.
35. Autre exemple où les actions se compensent.
36. Il importe peu que le contrat ait été exécuté ou non.
37. Ou que déjà l'action ait été intentée.
38. L'exception cesse si le droit est fondé sur l'intérêt public.
39. Il n'y a pas d'exception en matière de substitutions.
40. Les actions se compensent de droit.

COMMENTAIRE.

1. Nous allons maintenant expliquer quelles sont les conditions nécessaires pour que la compensation légale ait lieu.

Il faut 1° le concours de deux personnes respectivement débitrices et créancières l'une de l'autre (1289);

2° Que les deux dettes aient pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce (1291);

3° Qu'elles soient également liquides (1291);

4° Et également exigibles (1291).

Nous résumons ces quatre conditions en quatre mots : réciprocité, identité, liquidité, exigibilité. Examinons chacune d'elles.

2. Quant au concours de deux personnes respectivement débitrices et créancières l'une de l'autre, chacune d'elles doit être personnellement et principalement créancière et débitrice. Ainsi, il ne suffit pas d'être obligé l'un envers l'autre; il faut l'être en une certaine qualité, comme débiteur personnel

et principal. Et c'est le concours de dettes ainsi qualifiées qui donne lieu à la compensation légale (1).

3. Il suit de là qu'il n'y a lieu à compensation de ma dette avec la créance qui est due, non à moi, mais à un tiers étranger. *Ejus quod non ei debetur qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest* (2); le débiteur poursuivi ne peut compenser sa dette avec la créance d'un autre.

Pareillement, il n'y a lieu à compensation entre la dette ou la créance d'une personne chargée d'administrer et de gérer les intérêts d'un tiers, avec la créance ou la dette qui concerne ce tiers personnellement. Ainsi, il ne s'opère point de compensation entre la dette et la créance d'une personne qui se trouve à la fois créancière ou débitrice du tuteur, et débitrice ou créancière du pupille de celui-ci. C'est qu'elle n'est point en même temps débitrice et créancière de la même personne (3).

Je ne pourrai de même compenser de plein droit ce que je dois personnellement, avec ce que mon créancier doit à mes enfants, à mes pupilles, à mon mandant et même à ma femme, lorsque la créance de cette dernière n'est point tombée dans la communauté.

Je ne pourrai non plus compenser de droit ma dette envers un tiers avec la créance que j'ai contre ses enfants, ses pupilles, son mandant ou sa femme, lorsque les dettes de cette dernière ne tombent pas dans la communauté, ou qu'elles ne sont pas à la charge personnelle du mari. Nous ne sommes point, en effet, respectivement débiteurs et créanciers l'un de l'autre (4).

4. Le mari débiteur envers un tiers dont sa femme est en même temps créancière, ne peut lui opposer la compensation

(1) TOULLIER, t. 7, n° 375. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 410, 1re édit., et t. 4, p. 229, 4e édit. — DURANTON, t. 12, n° 413.

(2) L. 9, C. *De comp.*

(3) L. 23, *ff. De comp.*

(4) POTHIER, *Oblig.*, n° 596.

légale de sa dette avec la créance de sa femme, alors que cette créance n'est point tombée dans la communauté, sous le seul prétexte qu'étant marié sous le régime exclusif de communauté, ou de communauté réduite aux acquêts, ou le régime dotal, il a, en sa qualité d'époux, la jouissance des créances de sa femme et en devient par là propriétaire, à titre de choses fongibles (1). C'est, à notre sens, une erreur démontrée, que de prétendre que le mari est absolument propriétaire des créances de sa femme. Il peut sans doute en poursuivre le remboursement, comme mari, comme administrateur; mais il n'en a pas la propriété.

Quelque étendu que soit le droit d'administration que lui attribue l'article 1549, sur les valeurs dotales mobilières; bien que toutes les actions qui s'y réfèrent reposent sur sa tête; qu'il ait seul le droit de les exercer, de recevoir et quittancer les capitaux et d'en disposer; qu'il soit saisi de tout l'actif mobilier dotal, et qu'il ait plein pouvoir d'en régler l'emploi, sans le concours de sa femme; cependant, aujourd'hui, sous le Code civil, pour être ainsi le souverain administrateur de la dot, *dominus dotis,* il n'a pas sur les valeurs mobilières qui la composent, comme sous le droit romain, un droit absolu, complet et parfait de propriété. Nulle part la loi ne le proclame propriétaire des choses mobilières constituées en dot; et quand on dit que ce sont des choses fongibles, on tombe dans une confusion qui nous semble manifeste.

En effet, les créances même de sommes sont des corps certains et déterminés, bien que leur objet consiste en choses fongibles. On confond ainsi la créance elle-même avec le bénéfice qu'elle doit procurer. Le mari n'est propriétaire que des choses payées, quand une fois elles l'ont été. Mais il ne l'est pas de l'obligation active. Donc il n'y a pas lieu à compen-

(1) LAPEYRÈRE, lettre C, nº 75, p. 54. — Nîmes, 5 déc. 1860. SIREY, 61, 2, 1. — *Contrà.* DURANTON, t. 12, nº 415. — TROPLONG, *Contrat de mariage,* nºs 3240 et suiv. — RODIÈRE et PONT, t. 2, nº 573. — Caen, 18 juill. 1854. SIREY, 56, 2, 180.

sation légale. Autant il vaudrait dire que l'usufruitier peut opposer la compensation de sa dette personnelle avec la créance dont il a l'usufruit. Tout ce qu'il peut faire, et le mari ne peut davantage, c'est d'employer, à l'extinction de la dette, la somme qu'il a à toucher en payement de la créance dont il a la jouissance, ou dont il a le droit de poursuivre le recouvrement, et cela seulement par voie de compensation facultative (1).

Du reste, la compensation s'opère de droit pour les revenus dotaux qui sont la propriété du mari (2).

5. Mais il y a concours personnel de créance et de dette réciproques, et conséquemment lieu à compensation légale, dans le cas où un tiers me poursuivant au nom des personnes dont il est le tuteur, l'administrateur, l'agent, le mandataire, je me trouve en même temps créancier de ces mêmes personnes pour lesquelles il agit.

6. Comme les sociétés constituent une personne morale, distincte de la personne de chaque associé individuellement, la compensation ne peut s'opérer entre les créances ou dettes de la société, et ce dont chaque associé particulier est débiteur ou créancier envers le créancier ou le débiteur de la société (3), pas même pour la part dont chaque associé est tenu ou profite individuellement dans les dettes ou créances de la société, et sans distinction aucune entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales (4). Il y a tout au plus lieu, comme dans les autres hypothèses que nous venons d'examiner, à compensation facultative entre le créancier où le débiteur de la société et l'associé qui la représente, mais seulement jusqu'à concurrence du droit qu'il a de la représenter.

(1) Voy. art. 1293, n° 17.

(2) Bastia, 26 fév. 1855. SIREY, 55, 2, 207.

(3) TROPLONG, *Société*, n° 79. — TOULLIER, t. 7, n° 378. — Cass., 14 mars 1860. SIREY, 60, 1, 576.

(4) *Contrà*, DURANTON, t. 12, n° 432.

Toujours, du principe que la société constitue une personne morale, il résulte que l'associé poursuivi par le gérant en apport de sa mise sociale, ne peut opposer la compensation légale de ce qui lui est dû par celui-ci personnellement (1).

7. L'acceptation pure et simple d'une hérédité n'arrête ni ne modifie en rien les effets de la compensation légale. Elle s'opère alors sur la tête de l'héritier, comme elle aurait eu lieu sur la tête du défunt; seulement, elle ne s'accomplit que pour la portion virile de cet héritier dans la créance et la dette de la succession.

Cette acceptation pure et simple d'une hérédité peut même donner ouverture, sur la tête de l'héritier, à une compensation légale qui n'aurait pu cependant s'accomplir sur la tête du défunt. Tel est le cas où ce dernier était débiteur ou créancier d'un tiers qui était lui-même créancier ou débiteur de l'héritier. L'acceptation pure et simple de celui-ci établit un concours de personnes respectivement débitrices et créancières l'une de l'autre, concours qui jusque-là n'existait pas, et dont l'existence est le premier élément essentiel de toute compensation légale.

Mais il en est autrement lorsque la succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire. Comme ce bénéfice a pour effet de donner à l'héritier l'avantage : 1° de n'être tenu du payement des dettes de la succession que jusqu'à concurrence de la valeur qu'il a recueillie, même de pouvoir se décharger du payement des dettes, en abandonnant tous les biens de la succession aux créanciers et aux légataires; 2° de ne pas confondre ses biens personnels avec ceux de la succession, et de conserver contre elle le droit de réclamer le payement de ses créances (802); comme, en un mot, il produit une complète séparation des patrimoines, il n'y a lieu, ni activement, ni passivement, à la compensation légale entre les dettes ou

(1) Troplong, *Société*, n° 62.

créances de l'héritier bénéficiaire, et les créances ou dettes des créanciers ou débiteurs de la succession. Il n'y a lieu à la compensation légale que lorsque, sur son compte et le résultat de l'inventaire, il a été condamné personnellement et pour sa part virile à payer les dettes de l'hérédité.

8. La distraction des dépens prononcée au profit de l'avoué le rendant créancier direct de la partie condamnée, cette dernière ne peut en opposer la compensation à son adversaire (1). Aussi Pothier (2), revenant sur une précédente opinion (3), dit-il que si, gagnant sur un point, j'obtiens des dépens dont l'avoué a obtenu distraction à son profit, et que je sois pour un autre chef condamné aux dépens, il n'y a pas de compensation au préjudice de l'avoué, parce que la créance des dépens est censée n'avoir résidé qu'en sa personne et non dans celle de sa partie (4).

Telle est, en effet, la conséquence rigoureuse du principe de la distraction. Et il ne nous paraît même pas possible que le juge, en prononçant la distraction au profit de l'avoué, en subordonne l'effet à une compensation préalable entre les parties. Ce serait le priver des avantages que la loi lui assure.

Toutefois, comme la distraction aboutit à ce résultat, qui peut, en certains cas, sembler contraire à l'équité, que la partie à l'égard de laquelle elle a été obtenue n'a désormais de recours que contre son adversaire, peut-être insolvable, le juge a toujours le moyen d'y pourvoir, en condamnant, par exemple, chaque partie à supporter les dépens qu'elle a personnellement exposés, au lieu d'en faire une masse pour être répartie en des proportions égales ou différentes.

(1) MERLIN, Rép., v[is] *Distraction de dépens*. — BONCENNE, t. 2, p. 571. — CHAUVEAU, sur Carré, *Quest.* 568. — Cass., 11 déc. 1834. SIREY, 35, 1, 937. — Limoges, 20 mai 1844. SIREY, 45, 2, 559.

(2) *Appendice au contrat de mariage*, p. 12. — Paris, 15 déc. 1855. SIREY, 56, 2, 225. — 2 août 1860. SIREY, 60, 2, 480.

(3) *Mandat*, n° 137.

(4) *Contrà*, Bordeaux, 19 mars 1852. SIREY, 52, 2, 420.

9. Nous avons dit que chacune des personnes entre lesquelles s'opère la compensation doit être personnellement et principalement créancière et débitrice l'une de l'autre. Ainsi, il n'y a pas lieu à compensation entre l'obligation résultant d'un cautionnement et la créance que peut avoir, d'un autre côté, la caution contre le créancier de la dette cautionnée par elle. C'est en conséquence de ce principe que l'article 1294 dispose que le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution, parce que, en effet, il n'y a point entre ces derniers compensation de plein droit.

10. Nous allons maintenant examiner les autres conditions nécessaires de la compensation légale. Nous les appellerons conditions réelles, parce qu'elles tiennent au fond même des dettes et créances respectives qui viennent en compensation.

Les deux dettes à compenser doivent avoir pour objet une somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce, de pareille nature. En effet, comme la compensation tient lieu de payement, il faut que la chose qui fait l'objet de chaque obligation respective soit de telle nature que chacune des parties puisse avec elle valablement acquitter sa dette, et que, d'autre part, comme créancière, elle soit tenue de la recevoir. C'est ce qui a lieu lorsque l'objet des dettes respectives consiste, soit en une somme d'argent, soit en une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce, qui sont, en conséquence, fongibles entre elles, et peuvent être valablement payées les unes pour les autres.

Il faut donc que ces choses soient fongibles l'une par rapport à l'autre, et il ne suffit pas qu'elles soient de leur nature fongibles, si elles ne le sont que séparément et respectivement à d'autres. Ainsi, comme on ne peut valablement payer une pièce de vin de telle année, de tel crû, avec une pièce de vin d'une autre année ou d'un autre crû, il ne s'opère point de compensation légale, bien qu'une pièce de vin soit de sa nature une chose fongible. Mais alors les choses ne sont point

de la même espèce, c'est-à-dire qu'elles ne sont point fongibles entre elles, et que l'on ne peut pas payer indifféremment l'une pour l'autre (1).

Cette disposition de l'article 1291 n'est elle-même que la conséquence du principe posé dans l'article 1243, que le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due. Toutes les fois donc que la chose, quoique fongible de sa nature, est due comme corps certain et déterminé, la dette n'est pas susceptible de compensation (2).

Cependant, si les deux dettes consistaient en une chose qui ne fût déterminée que par son espèce, comme chaque débiteur n'est pas tenu, pour être libéré, de la donner de la meilleure espèce, sans pouvoir l'offrir de la plus mauvaise, il y a lieu à compensation légale; car chaque chose due est fongible par rapport à l'autre, puisqu'elle peut être payée pour elle, et que, en réalité, elle n'en diffère pas (3).

11. Par exception les prestations en grains ou denrées, non contestées, et dont le prix est réglé par les mercuriales, peuvent se compenser avec des sommes liquides et exigibles (1291). Ainsi, les denrées de cette nature ne se compensent pas seulement entre elles, elles se compensent même avec des sommes d'argent, auxquelles elles sont en quelque sorte assimilées, du moment que le prix en est réglé par les mercuriales.

Ces mots, peuvent se compenser, ne veulent pas dire que les parties ont la simple faculté d'opposer la compensation dans ce cas; ils signifient au contraire, la possibilité de la compensation légale, par exception au principe qui vient d'être posé, et quoique les choses respectivement dues ne soient point fongibles entre elles (4).

(1) Duranton, t. 12, n° 394. — Zachariæ, t. 2, p. 407, 1re édit., et t. 4, p. 225, 4e édit. — Toullier, t. 7, n° 364.

(2) Pothier, *Oblig.*, n° 588.

(3) Pothier, *ibid.* — Toullier, t. 7, n° 365.

(4) Zachariæ, t. 2, p. 407, nte 5, 1re édit., et t. 4, p. 226, nte 3, 4e édit. — Duranton, t. 12, n° 390.

Que l'on fasse attention à chacune des conditions au concours desquelles la compensation légale est ici subordonnée. Il faut qu'il s'agisse de prestations en grains ou denrées; elles doivent ne pas être contestées; le prix doit en être réglé par les mercuriales; il faut enfin qu'elles viennent en compensation, soit avec d'autres choses fongibles de même espèce, ou avec des sommes d'argent. Si une seule de ces conditions manque, il n'y a plus lieu à compensation. Ainsi, elles ne pourraient entrer en compensation avec des prestations ou denrées d'espèce différente, non fongibles avec elles, alors même que le prix en serait également réglé par les mercuriales (1).

Mais lorsque toutes les conditions exigées concourent, la compensation s'opère de plein droit, à l'insu même des parties et malgré elles, quoique l'une eût préféré être payée en nature, et l'autre en argent.

Cette compensation de plein droit, entre une prestation de grains et une somme d'argent, n'était pas généralement reçue dans notre ancien droit. Car Pothier (2) ne l'admettait pas, l'objet de chaque dette étant différent. La disposition de l'article 1291, conforme d'ailleurs à l'opinion d'anciens auteurs (3), ne nous paraît pas très heureuse. Vainement on dirait que les grains et denrées équivalent à une somme d'argent, au cours des mercuriales; que cette évaluation générale tient lieu d'une liquidation. Il n'en est pas moins vrai, que, créancier d'une somme d'argent, je ne puis être forcé de recevoir du grain, ni exiger que l'on me paye en grain. Il y a donc ici, en faveur de la compensation, une exception aux règles générales du payement.

A ce titre, il convient de restreindre, dans leur application, les dispositions finales de l'article 1291, c'est-à-dire de ne les appliquer qu'à ce qui constitue réellement une prestation pro-

(1) Zachariæ, t. 2, p. 407, n^to 6, 1re édit., et t. 4, p. 226, 4e édit. — *Contrà*, Marcadé, art. 1292, n° 2.

(2) *Oblig.*, n° 590.

(3) Chorier, sur Guy Pape, sect. 7, art. 15.

prement dite de grains ou denrées, telle que les redevances à titre de rente, de bail, et nullement aux obligations qui, ayant pour objet une certaine quantité de grains ou denrées, auraient pour but une spéculation commerciale, ou pour objet l'alimentation des personnes, l'ensemencement de la terre. Dans ce cas, il faut en revenir à la pureté des principes relatifs au payement, qui s'opposent à ce que l'on compense des dettes de nature différente. Autrement, la compensation tournerait au préjudice des parties, dont l'intention même a été, d'après l'objet de leurs engagements respectifs, de les soustraire à une compensation légale.

12. Nous devons rapprocher ici les dispositions de l'article 1291 de l'article 129, C. pr. Il est ainsi conçu : « Les jugements qui condamneront à une restitution de fruits, ordonneront qu'elle sera faite en nature pour la dernière année, et, pour les années précédentes, suivant les mercuriales du marché le plus voisin, eu égard aux saisons et au prix commun de l'année, sinon à dire d'experts, à défaut de mercuriales. Si la restitution en nature, pour la dernière année est impossible, elle se fera comme pour les années précédentes. »

Comme il ne faut point confondre avec une prestation en grains ou en denrées une condamnation à une restitution de fruits, il n'y a point lieu, dans l'hypothèse de l'article 129, C. pr., à compensation légale, ni avec les fruits de la dernière année, ni même avec ceux des années précédentes.

Cependant si, ne pouvant être restitués en nature, ils avaient été fixés à une somme d'argent déterminée, leur valeur pécuniaire serait compensable, année par année, et par échelette, dans le cas où leur conversion en argent aurait été ainsi faite par annuités (1).

De même, si le créancier avait été autorisé par le jugement de condamnation à acheter lui-même les fruits que la partie

(1) Cass., 24 fév. 1852. Sirey, 53, 1, 159.

condamnée ne lui aurait pas restitués dans un certain délai, il y aurait lieu à compensation légale, mais seulement du jour où ces fruits auraient été achetés; car ce n'est que de ce moment-là qu'il y a deux dettes d'argent réciproquement compensables.

Quant aux prestations de grains et denrées autres que celles qui font l'objet d'une condamnation à une restitution de fruits, l'article 129, C. pr., leur est inapplicable. Ainsi, elles ne doivent pas, comme les restitutions de fruits, être exécutées en nature pour la dernière année (1). Cette dernière année, aussi bien que les années précédentes, est également susceptible de compensation, conformément à l'article 1291 (2).

13. Pothier (3) signale encore une exception au principe que la dette d'un corps certain et déterminé n'est point susceptible de compensation. « Si, dit-il, j'étais votre créancier d'une part indivise d'un corps certain, *putà*, si vous m'aviez vendu une part indivise que vous aviez dans un certain héritage, et qu'avant que vous me l'eussiez livrée je fusse devenu l'héritier d'une personne qui était votre débiteur d'une autre partie indivise dans le même héritage, vous pourriez opposer contre la dette de la part de cet héritage, dont vous êtes tenu envers moi, la compensation de la dette d'une part dans le même héritage, dont je suis tenu envers vous (4). »

Remarquons que cette compensation n'a lieu que tout autant que les parts indivises, respectivement dues, ne sont déterminées par aucune circonstance particulière qui leur imprime une qualité spéciale. Alors seulement elles sont, en quelque sorte, fongibles l'une par rapport à l'autre. Mais s'il était dit, par exemple, un tiers de l'héritage à prendre de tel côté, et un quart à prendre de tel autre, ces parts indivises ne seraient

(1) *Contrà*, Toullier, t. 7, nos 63, 367.
(2) Duranton, t. 12, n° 390. — Marcadé, art. 1291, n° 2.
(3) *Oblig.*, n° 588.
(4) *Conf.*, Duranton, t. 12, n° 395. — Toullier, t. 7, n° 366.

pas susceptibles de compensation. Chacune d'elles constitue déjà, abstraction faite du mesurage, un corps différent de l'autre.

14. Les obligations de faire ne sauraient venir en compensation l'une de l'autre, alors même qu'elles auraient pour objet une opération, un travail, une œuvre de même espèce. Il n'y a, en effet, jamais entre elles cette identité parfaite qui est la condition essentielle de la compensation légale.

Il y aurait tout au plus lieu à compensation entre les produits identiques d'un même genre de travail, pris comme sujet des mêmes obligations de faire. Tel est le cas où je dois vous fabriquer tels objets, et vous m'en fabriquer aussi de même nature, qualité et bonté. Une fois fabriquées, ces choses sont, en effet, fongibles entre elles, comme objets identiques de nos obligations respectives de faire d'abord, et de donner ensuite. Mais loin d'être une exception, ce cas rentre dans la règle générale.

15. Ce n'est point assez que les choses qui doivent venir en compensation, soient fongibles l'une par rapport à l'autre; il faut encore qu'elles soient également liquides. La coutume de Paris, article 105, portait : « Compensation a lieu d'une dette claire et liquide à une autre pareillement claire et liquide, et non autrement. »

Une dette est liquide quand son existence est certaine et sa quotité déterminée, *cum certum est an et quantum debeatur*. La liquidité embrasse donc deux choses, l'existence de la dette d'abord, et ensuite sa quotité. On peut être certain de l'existence d'une dette sans qu'elle soit liquide, si le montant n'en est déterminé; et la détermination de cette quotité ne fera pas non plus que la dette soit liquide, si son existence est au fond contestée.

Le caractère litigieux de la dette existe, soit qu'elle ait été contestée avant même l'époque où la compensation a pu s'opérer, les autres conditions existant, soit qu'elle ait été contestée

seulement lorsque l'autre partie a entendu se prévaloir de la compensation soi-disant réalisée.

Cependant, s'il suffisait de contester à tort et à travers, sans même la moindre apparence de fondement et de raison, la compensation dépendrait, en réalité, de la bonne foi et de la volonté des parties, toujours maîtresses d'élever des contestations sur les points même le moins susceptibles de débats. En exigeant que les dettes soient liquides pour être compensables, la loi n'a donc pu entendre que la compensation dût être écartée sous le prétexte de la plus ridicule chicane et de la plus mauvaise contestation. On ne saurait admettre qu'elle ait ainsi subordonné la compensation légale au bon plaisir des parties, et qu'elle leur ait accordé, pour l'éluder, cette prime d'encouragement aux contestations les plus mal fondées et les moins sérieuses. Il ne suffira donc pas que la dette soit contestée pour qu'elle soit réputée non liquide, et il faudra qu'elle le soit légitimement (1), sur des motifs raisonnables qui la rendent réellement litigieuse.

Nonobstant même la contestation, elle viendra de plein droit en compensation, si l'autre partie a en main la preuve de son existence, et est en état de la justifier promptement et sommairement (2). Il appartient alors au juge de décider, suivant les circonstances du fait, si la dette est liquide ou non, et si, en conséquence, elle est ou n'est pas compensable de droit.

Ainsi, il n'est point nécessaire pour qu'une dette soit liquide, que son existence soit reconnue par le débiteur à qui on l'oppose. Il suffit, son existence étant déniée, que le créancier en fournisse immédiatement la preuve, de manière que, toute contestée qu'elle est, elle soit néanmoins incontestable. Telle était la pensée du droit romain (3) : il admettait la compen-

(1) Argou, t. 2, p. 373.

(2) Pothier, *Oblig.*, n° 592. — Toullier, t. 7, n°s 396, 371. — Zachariæ, t. 2, p. 408, 1re édit., et t. 4, p. 227, 4e édit. — Duranton, t. 12, n° 397.

(3) L. 14, C. *De comp.*

sation, non-seulement lorsque la dette était d'ores et déjà liquide, mais encore lorsque, sans trop d'embarras et de difficultés, elle pouvait être liquidée aisément et promptement.

Alors même que le débiteur dénierait sa signature, ou ne reconnaîtrait pas celle attribuée à son auteur, cette dénégation ou méconnaissance ne rendrait pas toujours la dette non liquide, et par suite non compensable. On ne peut croire que l'intention de la loi ait été d'écarter la compensation dans ce cas, sous le seul prétexte que la dette est contestée et déniée, alors qu'elle est constatée par un titre. Il serait par trop facile à la mauvaise foi de s'y soustraire. La contestation devra donc être sérieuse (1).

16. Si, des deux dettes proposées en compensation, l'une n'est exigible et liquide que provisoirement, tandis que l'autre est absolument liquide et exigible, le juge ne peut déclarer immédiatement et définitivement la compensation. Car les deux dettes ne sont pas également liquides et exigibles, puisque l'une ne l'est que par provision, et que l'autre l'est d'une manière irrévocable et absolue. Il ne peut d'ailleurs condamner le débiteur de l'obligation absolument liquide et exigible, à payer sur-le-champ la somme due; car ce débiteur, créancier d'autre part d'une somme provisoirement liquide et exigible, n'aurait qu'à l'opposer en compensation pour rendre sa condamnation illusoire et sans objet. La seule chose raisonnable et vraiment pratique que le juge puisse alors ordonner, c'est de condamner le défendeur à payer ce qu'il doit définitivement, et de surseoir au payement ordonné, jusqu'à ce qu'il ait été statué définitivement sur le titre de la créance que ce même défendeur oppose en compensation (2), soit même de compenser à due concurrence, s'il est dès à présent établi que la créance non liquide et litigieuse est supérieure à l'autre (3).

(1) Duranton, t. 12, nº 398.

(2) Merlin, Quest., vº *Compensation*, § 9. — Cass., 19 déc. 1871. Sirey, 72, 1, 230.

(3) Cass., 13 janv. 1874. Sirey, 75, 1, 351.

17. L'existence de la dette étant certaine, il reste à voir si la quotité est déterminée; car elle n'est liquide qu'avec le concours de cette seconde condition. Or, la quotité est indéterminée, lorsqu'elle dépend d'un règlement de compte ou d'une estimation par expertise. Quelquefois même la dette est incertaine dans son existence, lorsqu'il s'agit d'un compte ou d'une expertise. Elle est alors doublement non liquide, puisque le compte et l'expertise peuvent avoir pour résultat d'établir que la dette prétendue n'existe pas.

Lorsque la quotité de la dette dépend d'une estimation par experts, il ne peut s'élever aucune difficulté; évidemment la dette ne devient liquide que par le résultat de l'expertise, accepté par les parties ou homologué par la justice.

Mais, lorsqu'il s'agit d'un compte à opérer, il peut s'élever des difficultés sérieuses. Nous devons donc examiner avec soin les conditions de liquidité, en ce qui concerne la détermination du montant de la dette. Rigoureusement, une dette n'est liquide que lorsque sa quotité est certaine et connue. Ainsi, lorsqu'il s'agit de dépens de justice, on sait bien qu'il en a été exposé, mais on n'en connaît le montant que lorsqu'ils ont été réglés par la taxe. C'est alors seulement qu'ils sont liquidés. Mais que l'on remarque bien que cette opération du juge, qui s'appelle taxe ou liquidation des dépens, ne consiste pas seulement à faire l'addition de plusieurs articles; il doit en outre vérifier l'existence et apprécier la légalité de chacun de ces articles portés en compte. Jusqu'à la liquidation des dépens il y a incertitude, non-seulement sur le total, mais encore sur chacun des articles qui doivent le composer.

Tels sont aussi les honoraires des notaires. Ils ne viennent en compensation qu'après taxe (1).

Lors donc que nous disons qu'une dette n'est point liquide lorsqu'elle doit être l'objet d'un compte, est-ce à dire qu'il n'existera point de liquidité toutes les fois qu'il y aura un

(1) Cass., 18 avril 1854. Sirey, 55, 1, 255.

compte, un calcul à faire, si simple qu'il soit? Evidemment non. Supposons qu'aucun des éléments du compte ne soit contesté dans son existence ni dans son chiffre; il n'y a plus dès lors qu'à établir une balance entre eux. Ce calcul arithmétique peut être long, difficile même, à raison de la supputation des intérêts et des imputations successives. Nous disons néanmoins que le résultat du compte, tout inconnu qu'il est encore, constitue une dette parfaitement liquide et compensable. Car, du moment qu'elle repose sur des éléments certains et incontestés, sa quotité est elle-même certaine et ne dépend plus que d'une simple opération arithmétique (1).

A plus forte raison, devra-t-on considérer la dette comme liquide, si le compte, au lieu de présenter ces difficultés de calcul, est susceptible d'être fait et opéré sur le bureau même. Ainsi encore, quant à cette seconde condition de la liquidité, les tribunaux ont un très large pouvoir d'appréciation.

Mais il faut qu'aucun des éléments du compte ne soit l'objet de discussion. Car si son existence ou sa quotité était contestée, et que le débat fût fondé sur des motifs légitimes et raisonnables, la dette n'aurait point été liquide et ne le deviendrait que par le résultat du compte.

18. Si parmi les articles proposés en compte, les uns étaient contestés et que les autres ne le fussent point, les juges ne pourraient les diviser, et porter ceux-ci en compensation en écartant les autres. Un compte constitue, en effet, un calcul d'ensemble, une opération qui ne peut être divisée ni scindée. Il n'y aurait donc point de dette liquide.

Cependant, si, au lieu de se rapporter à une opération unique, les éléments de ce prétendu compte consistaient dans des obligations indépendantes les unes des autres, différentes par leurs dates, par leurs causes, par leurs objets; et si parmi elles il s'en trouvait dont les unes fussent contestées et les

(1) Cass., 22 août 1865. Sirey, 66, 1, 153.

autres non contestées, ces dernières devraient venir en compensation. Vainement le débiteur qui s'y oppose prétendrait-il qu'il y a un compte à faire. Le compte dont il peut être question dans ce cas, ne saurait, en effet, avoir pour objet de déterminer le montant d'une dette unique, jusque-là incertaine dans sa quotité. Il a, tout au plus, pour objet de fixer ce qui reste dû par l'une ou l'autre des parties, toute compensation opérée, par voie d'imputation, jusqu'à concurrence des dettes respectivement liquides et exigibles, suivant l'article 1297.

Toutefois, les dettes contestées pourront elles-mêmes fonder une demande de compensation facultative, par voie d'exception et de reconvention.

19. Il ne faut donc point considérer comme dettes respectivement compensables, les divers éléments d'un compte qui, constituant une opération unique, doit, toutes déductions opérées, se terminer par un solde quelconque. La reconnaissance et la liquidité des uns, la dénégation et la contestation des autres forment un débat de compte qui n'a aucun rapport avec les principes de la compensation ordinaire.

Les actions en reddition de compte ont, en effet, un caractère universel, et comprenent tous les chefs de demande qui, ayant une même cause, viennent au même titre prendre place respectivement à l'actif et au passif, pour établir une balance définitive. Il est si vrai que ces actions contiennent en elles-mêmes, même à l'égard des tiers, toutes voies d'exception et de reconvention, qu'une foule d'éléments ne laissent pas de figurer dans le compte, bien que, à défaut de liquidité, et considérés isolément, ils ne soient pas susceptibles de compensation proprement dite, quel que soit, d'ailleurs, le mode de supputation employé dans le compte par colonnes ou par échelette (1).

Mais le reliquat d'un compte est une dette susceptible de

(1) Cass., 22 juin 1864. Sirey, 64, 1, 331. — Caen, 27 juin 1874. — Amiens, 16 mai 1877. Sirey, 79, 2, 145.

compensation, si toutes les autres conditions requises se trouvent concourir. Tels sont les comptes entre époux, cohéritiers, associés, entre tuteur et pupille, mandataire et mandant.

Il s'ensuit qu'en compte-courant, il n'y a pas lieu à compensation entre les versements réciproques et successifs dont l'ensemble compose le compte. En effet, chaque versement établit pour celui qui l'opère, une créance qui n'est ni liquide, ni exigible. Sa destination même repousse toute idée de payement et de compensation, puisqu'elle doit être portée au compte, et y rester comme créance productive d'intérêts. Tant qu'il n'a pas été fait de règlement définitif, il n'y a rien de fini, rien de terminé; tout est variable, incertain, soit dans les éléments particuliers, soit dans le résultat final. Il n'y a, en un mot, qu'un compte-courant, toujours ouvert, et dans lequel tout se confond. Il n'y aura donc de liquidité et d'exigibilité qu'après le règlement définitif, et encore ne s'appliqueront-elles qu'au solde du compte.

Les parties peuvent, néanmoins, par une convention particulière, affecter spécialement une remise, quoique faite en compte-courant, à l'extinction d'une dette antérieure. Elle est alors placée en dehors du compte-courant, qui continue pour le surplus. La compensation s'opère, en conséquence, suivant l'intention des parties et les règles du droit.

20. Le défaut de liquidité n'est qu'un obstacle temporaire à la compensation légale. Aussitôt que la dette est liquide, la compensation s'opère de droit. Le créancier qui ne peut jusque-là invoquer la compensation légale, a néanmoins le droit, ainsi que nous l'expliquerons plus loin, de faire de sa créance l'objet d'une demande reconventionnelle, afin d'arriver à la compensation. Mais elle ne produira ses effets que du jour où elle aura été formée.

Remarquons qu'il ne faut point confondre le défaut de liquidité, qui est un obstacle à la compensation, avec la con-

testation qui en serait soulevée par l'une des parties sur l'existence même de la compensation, que l'autre partie soutient s'être déjà opérée de plein droit. Je dis, par exemple, que la compensation a eu lieu à telle époque; mon adversaire soutient qu'elle ne s'est pas opérée, parce que, à ce moment, la dette était litigieuse, non liquide, non exigible; en un mot, parce que les conditions nécessaires n'étaient pas réunies. Le débat engagé dans ces termes ne fait point obstacle à la compensation; il s'agit seulement de la vérifier et de la déclarer, de telle sorte que le moment où elle s'est accomplie est rétroactivement fixé, si son existence est reconnue par le juge (1).

21. D'après l'article 3 de la loi du 3 septembre 1807, les intérêts usurairement perçus et restituables à ce titre, ne venaient pas de droit en compensation avec le principal de la dette. Cet article disposait, en effet, que le prêteur serait condamné par le tribunal saisi de la contestation, à restituer l'excédant de l'intérêt légitime, ou à souffrir la réduction sur le principal de la créance. Il en résultait clairement que la restitution ou la réduction ne s'opérait qu'en vertu de la condamnation prononcée sur la demande du débiteur, et que cet excédant, ne devenant certain et liquide que par la condamnation, n'était pas susceptible de compensation légale; qu'il pouvait seulement former l'objet d'une demande principale ou reconventionnelle, sans qu'aucune compensation ou imputation de droit pût s'en effectuer, au fur et à mesure de chaque payement d'intérêts usuraires (2).

Mais la loi du 19 décembre 1850, sur l'usure, a consacré des principes tout différents. Son article 1er est ainsi conçu : « Lorsque, dans une instance civile ou commerciale, il sera prouvé que le prêt conventionnel a été fait à un taux supérieur à celui fixé par la loi, les perceptions excessives seront

(1) Rouen, 26 juillet 1858. Sirey, 67, 1, 254.

(2) Cass., 9 nov. 1836. Sirey, 36, 1, 803. — 16 janv. 1837. Sirey, 37, 1, 234. — 21 juin 1842. Sirey, 42, 1, 763.

imputées de plein droit, aux époques où elles auront eu lieu, sur les intérêts légaux alors échus, et subsidiairement sur le capital de la créance. Si la créance est éteinte en capital et intérêts, le prêteur sera condamné à la restitution des sommes indûment perçues, avec intérêt du jour où elles lui auront été payées. » Mais ces dispositions ne doivent être appliquées qu'aux perceptions et conventions usuraires faites depuis leur promulgation. Elles n'ont aucun effet rétroactif, quant aux perceptions et conventions usuraires antérieures (1).

Du reste, cette obligation de rendre compte des intérêts usurairement perçus, n'incombe pas exclusivement au créancier qui les a touchés. Le débiteur peut s'en prévaloir, même contre le cessionnaire de bonne foi, en vue de faire prononcer à son profit la réduction ou l'annulation, pour cause d'usure, de la créance cédée. En effet, le cessionnaire n'est que l'ayant-cause du cédant; la créance lui est transmise avec tous les vices dont elle peut être entachée; ses droits, en cette qualité, ne sont pas plus étendus que ceux du cédant, et le débiteur n'est tenu envers lui que comme il l'était envers son auteur. Son concours aux actes constitutifs de la créance, la signification du transport, sans réserves ni protestations de sa part, le payement même par lui effectué des intérêts, ne sauraient purger le vice dont la loi présume, dans un intérêt d'ordre public, que son consentement est entaché, ni établir aucune fin de non recevoir contre son action en réduction ou en nullité. Autrement, il suffirait au créancier d'opérer le transport de la créance pour assurer le succès de l'usure. S'il en était ainsi sous la loi de 1807, à plus forte raison, la même décision doit-elle être suivie sous la loi du 19 décembre 1850 (2).

22. La liquidité comprend la détermination de la dette. S'il s'agit d'une obligation alternative dont les objets soient l'un

(1) Cass., 11 mars 1856. SIREY, 56, 1, 729.
(2) Cass., 2 mai 1853. SIREY, 53, 1, 411.

compensable et l'autre point, comme la dette d'un cheval ou de mille francs, il n'y aura de compensation possible que du jour où le créancier, s'il a l'option, ou le débiteur, si c'est à lui que l'option appartient, auront fait connaître, le premier par une demande, ou le second par des offres, la chose que l'un entend recevoir, ou l'autre payer. Mais, de ce moment, si la chose déterminée est susceptible de compensation, il y a lieu à la compensation légale (1).

23. Il faut, enfin, que les dettes soient également exigibles. L'exigibilité dont parle l'article 1291 doit être prise dans sa plus large acception. Elle ne signifie pas seulement l'échéance du terme ou de la condition; elle signifie encore l'existence d'une action juridique pour réclamer payement.

Ainsi, ne peuvent venir réciproquement en compensation, les obligations dont le terme n'est point échu, ou qui sont subordonnées à une condition suspensive. Elles ne sont point, en effet, exigibles. Il n'y aura de compensation possible que lorsque l'échéance sera arrivée (2), ou la condition accomplie.

Quant à la condition résolutoire, elle ne fait point obstacle à la compensation, parce qu'elle n'empêche pas l'exigibilité de la dette et n'en suspend point l'exécution (1183) (3).

24. Nous avons dit que les dettes doivent être également exigibles, en ce sens qu'il y ait action juridique pour en réclamer le payement. Telle est même la condition première et essentielle de l'exigibilité. On ne peut donc fonder la compensation sur une obligation purement naturelle, ni sur les dettes de jeu ou de pari, pour lesquelles la loi ne donne point d'action.

Mais les obligations sujettes à une action en nullité ou en rescision sont néanmoins compensables. Il est vrai que lorsque

(1) L. 22, *ff. De comp.* — Pothier, *Oblig.*, nº 593.
(2) L. 7, *ff. De comp.*
(3) Toullier, t. 7, nº 374. — Duranton, t. 12, nº 404.

la loi veut que les dettes soient également exigibles, elle entend par là des obligations dont le payement peut être poursuivi, sans que le débiteur puisse opposer aucune exception qui ait pour effet de le soustraire aux poursuites. Mais il ne faut point se hâter d'en conclure que les obligations rescindables ou annulables ne puissent jamais fonder de compensation. Remarquons, en effet, sous quelles conditions seulement la compensation est possible.

Il est d'abord de toute évidence que, si l'action en nullité ou en rescision est prescrite, rien désormais ne s'oppose à la compensation. Il est également manifeste qu'il n'existe non plus aucun obstacle, du moment que le vice a été purgé par un acte de confirmation ou de ratification. Mais, dans le cas où l'action en nullité ou en rescision n'est ni prescrite, ni couverte, nous disons que la compensation s'opère encore de plein droit, malgré le vice dont l'obligation est entachée. En effet, de deux choses l'une : ou le débiteur fait prononcer la nullité ou la rescision de son obligation, et alors elle est censée n'avoir jamais existé, ce qui rend toute compensation rétroactivement impossible. C'est en ce sens que la loi romaine (1) dit que toute dette sujette à exception n'est pas susceptible de compensation. Ou bien, au contraire, il ne poursuit point la nullité ou la rescision de son obligation, et alors elle est réputée régulière et valable dès le principe, comme si elle n'avait été atteinte d'aucun vice. L'événement justifie alors le principe de droit suivant lequel l'obligation sujette à une action en nullité ou en rescision est censée valable, tant que l'annulation n'a pas été prononcée (2).

Ce n'est pas en un autre sens que nous déclarons compensables les obligations de cette nature; et si des auteurs (3)

(1) L. 14, *ff. De comp.*

(2) Zachariæ, t. 4, p. 229, 4e édit.

(3) Zachariæ, t. 2, p. 409, nte 2, 1re édit. — Merlin, Rép., v° *Compensation*, § 3, n° 2.

prétendent que l'on ne peut fonder sur elles de compensation, ce ne peut être qu'en ce sens que le créancier n'a pas le droit d'opposer au débiteur la compensation légale qu'il prétend s'être opérée, soit pour l'empêcher de poursuivre l'annulation de son obligation, soit pour échapper lui-même à la prescription de sa propre créance.

Si le vice dont l'obligation est entachée avait été précédemment invoqué comme fondement d'une action en nullité ou en rescision, il y aurait alors obstacle à la compensation dans le caractère litigieux de la dette. Mais l'obstacle ne viendrait que de là.

25. Quant aux obligations prescrites, comme le débiteur doit opposer la prescription s'il entend s'en prévaloir, elles sont compensables, du moins en ce sens que la compensation est parfaite, si le débiteur n'oppose pas la prescription ou y renonce.

Mais il est vrai aussi, en un autre sens, que l'on ne peut fonder de compensation sur une obligation prescrite (1); c'est-à-dire que le débiteur peut opposer la prescription, lorsqu'elle a été accomplie avant que les conditions nécessaires pour la compensation existassent. Dans ce cas, il est libéré, et l'autre partie reste obligée; tandis que si les conditions voulues pour la compensation avaient existé de part et d'autre, seulement un jour avant que la prescription de l'une des dettes fût acquise, la compensation se serait opérée de plein droit, et aurait arrêté le cours de la prescription (2).

26. N'est point susceptible de compensation légale, comme n'étant pas exigible, le capital d'une rente viagère, ou d'une rente constituée ou réservée. Ceci est de toute évidence; mais

(1) ZACHARIÆ, t. 2, p. 409, 1re édit., et t. 4, p. 228, 4e édit. — TROPLONG, *Prescript.*, nos 34, 66.

(2) DURANTON, t. 12, n° 408. — MERLIN, Quest., v° *Papier-Monnaie*, § 4.

les arrérages de ces rentes peuvent entrer en compensation lorsqu'ils sont liquides et exigibles.

Il n'y aurait même pas lieu à compensation avec le capital d'une rente perpétuelle, dans le cas où le débiteur a cessé de remplir ses obligations pendant deux ans; qu'il a manqué de fournir les sûretés promises par le contrat, ou qu'il est tombé en état de faillite ou de déconfiture (1912, 1913). S'il peut alors être contraint au rachat de la rente, le capital n'en est pas pour cela exigible dans le sens de l'article 1291. Ce n'est point là une exigibilité de droit, puisqu'il peut y avoir lieu à discussion, et que la justice doit intervenir. Il n'y aura donc lieu à compensation légale que du moment où l'exigibilité du capital aura été reconnue par les parties ou déclarée par le juge.

27. La déchéance du bénéfice du terme, résultant de ce que le débiteur est tombé en faillite ou en déconfiture, ou qu'il a diminué par son fait les sûretés qu'il avait données par le contrat (1188), cette déchéance n'a pas pour effet de rendre la dette compensable du jour même où elle a été encourue. Comme l'exigibilité a besoin, dans ce cas, d'être constatée pour que la dette soit véritablement exigible, il n'y a lieu à compensation que du jour où la justice a prononcé la déchéance (1), ou que les parties l'ont reconnue.

Le jugement déclaratif de la faillite rend exigibles, à l'égard du failli, les dettes passives non échues (444, C. comm.). Cependant, cette exigibilité résultant de la faillite ne rend pas la dette compensable. En effet, si les dettes sont rendues exigibles par la déclaration de faillite, ce n'est qu'en faveur de la masse des créanciers du failli; et, si la compensation légale devenait alors possible, elle tournerait à son préjudice. La faillite déclarée fixant irrévocablement le sort de tous les créan-

(1) ZACHARIÆ, t. 2, p. 409, 1re édit., et t. 4, p. 228, 229, 4e édit. — DURANTON, t. 12, p. 411. — Lyon, 25 février 1869. SIREY, 69, 2, 112.

ciers, la compensation légale ne peut plus s'opérer au profit d'un seul, puisqu'elle aurait lieu au préjudice des droits acquis en faveur des autres (1). Et, à cet égard, il n'y a aucune distinction à faire entre les dettes commerciales et les dettes non commerciales (2).

Après le concordat, aucune compensation ne pourrait même être opposée au failli concordataire, soit à son préjudice personnel, en le privant des délais et remises accordés, soit au préjudice de la masse, en procurant au créancier un avantage à la charge de l'actif de la faillite (3).

Mais la simple déconfiture ne fait point obstacle à la compensation légale. Il en résulte ainsi, au profit de l'un des créanciers, un avantage qui n'a lieu qu'au préjudice des autres.

Quant à la cession de biens, judiciaire ou volontaire, elle empêche la compensation de droit, lorsque les éléments n'en ont été réunis qu'après l'abandonnement de biens fait par le débiteur. Elle n'aurait lieu, en effet, qu'au préjudice des droits acquis aux autres créanciers, dont la cession de biens a définitivement fixé la position.

28. Lorsque ces quatre conditions, réciprocité, identité, liquidité et exigibilité, se trouvent concourir, la compensation légale s'opère de plein droit, sans qu'aucune autre condition soit exigée.

Elle s'applique à l'État aussi bien qu'aux particuliers. Ainsi, lorsque, sur des droits perçus à l'enregistrement, la régie est, d'une part, tenue de restitution pour trop perçu, et que, de l'autre, elle a une action en supplément de droits, il s'opère une compensation à due concurrence (4).

(1) Zachariæ, *ibid.* — Merlin, Rép., v° *Compensat.*, § 2, n° 5. — Cass., 17 fév. 1823. Sirey, 24, 1, 82. — 24 nov. 1841. Sirey, 42, 1, 80. — 9 juillet 1860. Sirey, 60, 1, 696. — 20 juillet 1870. Sirey, 72, 1, 65. — 16 août 1875. Sirey, 75, 1, 444.

(2) Zachariæ, *ibid.* — *Contrà*, Duranton, t. 12, n° 412.

(3) Duranton, t. 12, n° 402. — Cass., 24 nov. 1841. Sirey, 42, 1, 80.

(4) Cass., 30 janv. 1855. Sirey, 55, 1, 130.

Il est indifférent que les parties soient capables ou incapables de payer ou de recevoir valablement. La loi, faisant elle-même ce qu'elles sont censées vouloir faire, supplée leur incapacité.

Il importe peu que les dettes qui viennent en compensation aient des causes différentes. Leur existence simultanée, quels que soient le titre et la cause sur lesquels elles sont fondées, est la seule condition essentielle (1).

Il importe peu que la forme extérieure des actes qui établissent les dettes soit différente; ainsi, sont indifféremment et réciproquement compensables de droit, les dettes constatées par acte sous seing-privé ou par acte authentique exécutoire, et même celles qui, n'étant établies par aucun acte, existent verbalement et ne peuvent être prouvées que par la reconnaissance du débiteur.

Il est encore indifférent que la dette soit constatée par jugement ou arrêt. Car la compensation est une espèce de payement fictif qui ne blesse pas l'autorité de la chose jugée, mais en limite et en modère seulement l'exécution (2).

Il est enfin indifférent que les dettes soient inégales dans leur quotité; cette inégalité fait seulement que la compensation opère l'extinction totale de la dette moindre, et n'éteint la plus forte que partiellement, jusqu'à concurrence du montant de l'autre. C'est ce que dit expressément l'article 1290, quand il dispose que les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives.

Nous verrons enfin, sous l'article 1296, que la diversité des lieux où les dettes doivent être respectivement acquittées ne fait point elle-même obstacle à la compensation légale.

29. Nous avons dit qu'il existait une compensation d'une espèce particulière, que nous avons appelée compensation d'ac-

(1) L. 7 et 10, C. *De comp.* — L. 19, *ff. De comp.*
(2) L. 2, C. *De comp.*

tions. Elle a lieu toutes les fois que le prétendu créancier qui intente une action s'expose, par l'exercice même de cette action, et pour le cas où elle serait accueillie, à une action récursoire de la part du défendeur.

Cette espèce de compensation diffère de la confusion proprement dite, en ce que, dans le cas de cette dernière, les qualités de créancier et de débiteur se trouvent, indépendamment de l'exercice de toute action, réunies dans la même personne; tandis que, dans le cas de compensation d'actions, la qualité de créancier existe seule, d'abord et principalement, et que la qualité de débiteur ne survient que comme conséquence de la poursuite même en payement de la créance et de l'admission de l'action, laquelle entraîne un recours de la part de celui contre qui elle est admise. En cas de confusion, ce serait contre elle-même que la personne aurait à agir, en sa double qualité de créancière et de débitrice. Dans le second cas, au contraire, elle agit bien contre un tiers son obligé; mais l'action réfléchissant contre elle-même, c'est contre elle, en définitive, qu'elle agit. Or, dans l'une et l'autre hypothèse, l'action est également impossible; dans la première, parce qu'elle ne peut même être intentée, et, dans la seconde, parce que son exercice est paralysé, ou plutôt neutralisé par le recours auquel il donne ouverture de la part de la partie adverse.

Cette seconde action récursoire est alors indirecte ou directe, inférieure ou égale à l'intérêt de l'action directe, dont elle n'est, en quelque sorte, que la contre-partie. Elles est indirecte lorsqu'elle se produit comme dernier terme d'un circuit d'actions. Nous en avons indiqué, dans le cours de notre commentaire, plusieurs exemples. On y voit la partie poursuivie en payement repousser l'action du demandeur par l'exception du recours qu'elle est autorisée à exercer contre lui, par suite du payement qu'elle aurait fait entre ses mains, et comme exerçant les droits d'un tiers, son débiteur personnel, lequel tiers est en même temps créancier de celui à qui cette excep-

tion est opposée. L'action récursoire est alors indirecte, parce qu'elle résulte d'un circuit d'actions, et que l'action du demandeur ne réfléchit contre lui que par la voie d'un tiers intermédiaire, qui est lui-même son créancier.

Elle est, au contraire, directe, lorsque, sans intermédiaire, l'action du poursuivant rejaillit contre lui directement et immédiatement, comme conséquence d'un engagement personnel contracté par lui envers son prétendu débiteur. Le plus souvent, ce recours prend un nom particulier emprunté à la nature de l'engagement d'où il découle; il s'appelle exception de garantie, et c'est surtout la nature et les effets de cette exception que nous nous proposons d'examiner ici.

L'action récursoire, soit qu'elle reste dans les termes d'un simple recours, ou qu'elle constitue une véritable exception de garantie, est égale ou inférieure au montant de l'obligation dont le demandeur poursuit le payement. Égale, elle neutralise parfaitement l'action; inférieure, elle ne la neutralise que jusqu'à concurrence de sa quotité, pourvu qu'il s'agisse d'une chose divisible; car s'il s'agissait d'une chose indivisible, il suffirait que l'action récursoire existât pour une portion quelconque, pour que l'exception qui en résulte neutralisât en totalité l'action (1).

L'exception de garantie, laquelle fonde toujours un recours direct, est expressément écrite et appliquée dans le droit romain (2). Le Code civil ne l'a point formellement consacrée. Mais il y a des principes d'équité si naturels, qu'ils ont toujours place dans la loi. Qu'y a-t-il de plus équitable et de plus juste que de compenser l'un par l'autre des droits et des obligations contradictoires; d'empêcher celui qui doit garantir, d'évincer son prétendu obligé, et de lui défendre de réclamer d'une main ce qu'il devrait immédiatement restituer de l'autre? Cette compensation d'actions s'exprime par cette formule, en

(1) Voy. art. 1222-1223, nos 17 et suiv.

(2) L. 156, § 1, *ff. De reg. jur.* — L. 11, C. *De evict.*, et la glose.

quelque sorte consacrée, *quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio*, et que nous traduisons ainsi : qui doit garantir ne peut évincer. Son importance pratique dans le droit civil nous fait un devoir de l'expliquer avec quelques développements.

30. L'exception de garantie, prise dans son acception la plus générale, a une double origine ; elle naît tantôt d'une obligation directe et personnelle de garantie proprement dite ; tantôt elle naît d'une simple obligation de réparer le dommage causé. Il importe de les distinguer l'une de l'autre ; car l'obligation directe de garantie produit des effets plus étendus et plus rigoureux que la simple obligation de dommages et intérêts. Nous nous occupons d'abord de cette dernière.

Elle a lieu toutes les fois que celui qui prétend exercer un droit, ou son auteur qu'il représente, est tenu, à raison de son fait, de sa faute ou de sa négligence, de réparer le dommage qu'il causerait à l'autre partie par l'exercice même de son action, si elle était admise. Par exemple, nous faisons un échange ; plus tard, vous vous laissez évincer par un tiers, sans m'appeler en garantie, et alors que j'avais des moyens suffisants pour faire rejeter la demande. Sous prétexte que vous êtes évincé, vous poursuivez la résolution de l'échange et répétez la chose (1705). Il me suffira de répondre, et les tiers détenteurs et autres intéressés auront le même droit, que ma garantie a cessé dans ce cas (1640) ; que c'est par votre faute que vous avez été évincé, et que vous ne pouvez poursuivre une résolution contre les conséquences de laquelle vous devriez me garantir, si elle était prononcée.

Autre exemple : En cas de donations excédant la quotité disponible, et alors même que ces donations ont été déguisées sous la forme de contrats onéreux, l'action en réduction ou en revendication peut être exercée par les héritiers contre les tiers détenteurs des immeubles faisant partie des donations et aliénés par les donataires, dans le même ordre que contre les

donataires eux-mêmes, et discussion préalablement faite de leurs biens (930). Cependant, si les tiers à qui les immeubles, ou un droit réel sur ces immeubles a été transmis par les donataires, ont été de bonne foi; s'ils ont ignoré que l'acte originaire déguisât une véritable donation, ils ne pourront être évincés par les héritiers réservataires (1). Pourquoi? C'est que le donateur, en déguisant la donation sous la forme d'un contrat onéreux, a trompé les tiers par les apparences extérieures de l'acte, et que, s'ils étaient évincés, ils auraient une action en réparation du dommage causé contre les héritiers réservataires, tenus eux-mêmes, comme héritiers purs et simples, des obligations de la succession qu'ils représentent. Or, par cela même qu'on est tenu de réparer un préjudice, on est tenu de ne point le commettre; et tel est le caractère préventif de l'exception de garantie, en laquelle se confond ici l'exception de bonne foi.

Mais elle n'est opposable aux héritiers réservataires que lorsqu'ils sont héritiers purs et simples du donateur. S'ils n'avaient accepté la succession que sous bénéfice d'inventaire, comme alors ils ne sont point tenus des obligations de leur auteur sur la réserve même que la loi leur assure, les tiers ne pourraient se prévaloir contre eux de leur bonne foi (2).

D'autre part, l'exception de garantie cesse lorsque ceux-ci ont été de mauvaise foi, c'est-à-dire lorsque, sans même se rendre complices de la fraude du donateur ou des donataires, ils ont traité en connaissance de cause et sachant qu'une véritable donation avait été déguisée sous la forme d'un contrat onéreux. C'est comme s'ils avaient traité au vu et su d'une donation ouverte et patente (3).

Notons ici certaines différences essentielles entre l'excep-

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 172, 1re édit., et t. 7, p. 225, 4e édit. — Cass., 14 déc. 1826. SIREY, 27, 1, 60. — Rouen, 31 juill. 1843. SIREY, 44, 2, 30.

(2) ZACHARIÆ, *ibid.*

(3) ZACHARIÆ, *ibid.* — Rouen, 31 juill. 1843. SIREY, 44, 2, 30.

tion de garantie proprement dite et celle dont nous nous occupons et que nous appellerons, pour la distinguer, exception de responsabilité. La première ne cesse pas, même au cas où celui qui l'oppose a connu le vice, ainsi que nous le verrons bientôt, tandis que la seconde ne peut être proposée par celui qui, connaissant le vice, a traité de mauvaise foi et n'a fait que s'exposer à un dommage volontaire. La raison de cette différence est que la responsabilité ne comprend que la réparation du dommage, tandis que la garantie, même réduite dans ses effets, oblige de prendre fait et cause pour le tiers.

De ce que l'exception de responsabilité ne comprend jamais que la réparation du préjudice, il en résulte une différence fondamentale entre elle et la véritable exception de garantie. Cette dernière, en éteignant l'action, procure à celui qui l'oppose une réparation qui est en concordance parfaite avec les obligations du garant; tandis que l'autre ne consistant que dans l'obligation de réparer le dommage, l'extinction de l'action, si elle avait lieu dans tous les cas indistinctement, pourrait constituer un mode de réparation exorbitant, et sans proportion avec l'étendue et la nature de la responsabilité. Que l'exception de garantie éteigne toujours l'action; ce n'est, après tout, que le moyen immédiat et le plus simple d'assurer l'exécution des engagements contractés par le garant. Mais que l'exception de responsabilité empêche de même l'action, dans tous les cas; un pareil résultat répugne à la loi et à l'équité.

La personne constituée responsable de son quasi-délit ne doit, en effet, que de simples dommages et intérêts, lesquels peuvent, suivant les circonstances, être inférieurs, et de beaucoup, au bénéfice de l'action qu'elle prétend intenter. Ne serait-il pas alors injuste de lui faire subir, sous la forme d'une exception péremptoire, des dommages et intérêts qui ne sont en rapport, ni avec l'importance du préjudice, ni avec la nature de la réparation légitimement due? C'est ce qui

arrive lorsque le fait dommageable a eu lieu sans dol ni fraude, de bonne foi, par erreur ou négligence, et que les tribunaux sont autorisés, à raison des circonstances particulières du fait, à modérer les dommages et intérêts. L'exception de responsabilité n'a pas alors pour effet d'anéantir l'action. Elle fonde seulement une action en recours, en indemnité contre le demandeur, dont les droits sont maintenus parallèlement aux obligations qui résultent contre lui de leur exercice même. Il continue de les exercer, sauf réparation du dommage causé par sa faute.

Mais si, à raison de son dol ou de sa mauvaise foi, les dommages et intérêts dont il est tenu sont, par leur quotité, l'équivalent du bénéfice de l'action qu'il veut intenter, l'exception de responsabilité doit avoir pour résultat de faire repousser sa demande, comme ferait l'exception de garantie proprement dite. Car, dans une pareille hypothèse, les dommages et intérêts légitimement exigibles compensant, comme d'égal à égal, le bénéfice de l'action qui y donne ouverture, il est tout simple et tout équitable de prévenir la responsabilité par le rejet de la demande.

31. Occupons-nous maintenant de l'exception de garantie directe.

Elle suppose essentiellement la réunion dans la même main d'un droit et d'une obligation contradictoires qui s'entre-détruisent; et cette confusion elle-même de droits et d'obligations dans la même personne, suppose entre celle-ci et un tiers une opposition d'actions qui, s'équilibrant entre elles, se compensent. Il faut donc, pour qu'elle existe, qu'il y ait opposition d'obligations et de droit. Tel est le cas où le véritable propriétaire succède à celui qui a indûment vendu sa chose; il ne peut évincer l'acquéreur, car son obligation de garantir du chef de son auteur contredit le droit de revendication qu'il prétendrait exercer de son chef. De même, le vendeur

succédant au vrai propriétaire ne peut évincer son acquéreur (1).

Je cautionne la vente qu'un tiers non propriétaire fait de ma propriété. Je ne puis poursuivre l'éviction. Mes droits comme propriétaire s'effacent devant mes obligations comme garant. Je ne pourrais non plus évincer l'acquéreur, si j'avais garanti la vente faite par un tiers d'un immeuble appartenant à une personne dont je suis devenu plus tard l'héritier.

Ces premiers exemples nous autorisent à poser en principe que l'exception de garantie n'existe que dans le cas d'un engagement personnel, et qu'elle ne peut être opposée qu'à ceux qui sont tenus personnellement de l'obligation de garantie. On ne peut donc l'opposer à celui qui ne fait que posséder, en qualité de tiers détenteur, des immeubles hypothéqués à l'exécution de cette obligation de garantie. Ce tiers peut, comme propriétaire, exercer tous les droits qui lui appartiennent, et évincer celui en faveur duquel les immeubles sont hypothéqués, sauf les poursuites hypothécaires auxquelles il s'expose de la part de ce dernier, par suite de son éviction (2).

Il ne faut pas non plus assimiler l'exception de garantie qui naît de l'obligation de garantie, à l'exception qui naît du simple consentement, de l'adhésion donnée à l'acte par un tiers qui, sans cela, aurait des droits à exercer. Sans doute, celui qui a consenti et adhéré au contrat ne peut intenter aucune demande qui trouble l'autre partie dans les droits qui lui ont été transmis, sa demande fût-elle fondée exclusivement sur des droits auxquels il aurait depuis succédé du chef d'un tiers. Car il s'est obligé par son consentement et son adhésion à ne point troubler le stipulant dans l'avenir, soit en vertu des droits

(1) Pothier, *Vente*, nos 165 et suiv. — Troplong, *Vente*, no 236. — Duranton, t. 16, no 179. — Merlin, Quest., vo *Hypothèque*, § 4 *bis*. — Voy. Cass., 23 juill. 1835. Dalloz, 35, 1, 442. — 16 déc. 1854. Sirey, 55, 1, 268.

(2) Pothier, *Louage*, no 102; et *Vente*, no 180.

qu'il avait alors, soit en vertu de ceux qu'il pourrait avoir par la suite (1).

Quant aux droits qu'il aurait depuis acquis d'un tiers, si ce dernier avait déjà commencé son action, elle ne pourrait être continuée que pour les frais, et non pour le principal, à moins que des réserves expresses ou les circonstances n'établissent qu'il n'a entendu s'interdire que l'exercice des droits dont il était actuellement en possession, au moment où il a donné son consentement (2).

Du reste, il n'est pas toujours facile de distinguer si le tiers n'a donné qu'un consentement simple ou bien un cautionnement véritable. Les juges apprécieront.

Quant à l'héritier de celui qui n'a fait que donner son consentement et son adhésion, sans autrement s'obliger à garantir, sa qualité d'héritier l'empêchera sans doute d'exercer les actions de son auteur que celui-ci s'était interdit d'exercer. Mais il pourra exercer celles qu'il a de son chef ou d'ailleurs, parce que le défunt n'a pas contracté l'obligation de défendre et garantir le tiers contre le trouble apporté par les actions des autres, mais seulement par celles venant de son chef personnel (3).

Il ne faut pas non plus confondre, ainsi que nous l'avons déjà dit, l'obligation de garantie avec l'obligation de responsabilité que s'impose un tiers par son dol, sa faute ou son fait, et par suite de laquelle il est non recevable à troubler, par l'exercice de son droit, la partie qui aurait elle-même, en conséquence du trouble qu'elle éprouverait de sa part, une action en dommages et intérêts à intenter contre lui. Par exemple, un notaire reçoit un acte de vente ou de louage concernant une chose qu'il sait lui appartenir; et il ne porte point à la connaissance de l'acquéreur ou du preneur l'existence de son

(1) Pothier, *Louage*, n° 103; et *Vente*, n° 112.
(2) Pothier, *Louage*, n° 103.
(3) Pothier, *Louage*, n° 104.

droit. Etant obligé, comme notaire, par son dol ou par son silence, il ne peut, comme propriétaire, les troubler dans leur acquisition ou leur bail. Mais s'il justifiait de son ignorance et de sa bonne foi, ils ne pourraient lui opposer sa responsabilité pour empêcher son action (1). Il cesserait également d'être soumis à l'exception, s'il établissait qu'ils ont contracté de mauvaise foi, en connaissance du vice.

Revenons à l'obligation personnelle de garantie, et citons de nouveaux exemples :

Je vous vends un héritage grevé d'une servitude occulte non déclarée, ou d'une servitude apparente, mais avec la clause qu'il est libre et affranchi de toute servitude. Plus tard je deviens, d'une manière quelconque, propriétaire du fonds dominant. Je ne pourrai pas exercer sur le fonds servant les servitudes qui le grèvent. Mon obligation de garantir l'acquéreur emporte, en effet, virtuellement obligation de ma part de ne point le troubler dans sa possession.

Je vous consens une hypothèque sur un immeuble qui ne m'appartient pas actuellement, mais qui, plus tard, devient ma propriété. Je ne pourrai prétendre que l'hypothèque est nulle. Mon acquisition de la propriété a, au contraire, consolidé le gage hypothécaire (2).

Ainsi se purge l'inefficacité des contrats faits sur la chose d'autrui, tels que bail, échange, nantissement, antichrèse, partage (3). Le promettant, garant de son chef personnel ou du chef de son auteur, de l'exécution de l'acte, est tenu de donner, puisqu'il peut le faire, satisfaction complète au stipulant.

32. Voici un nouveau cas où la compensation des actions s'opère d'une manière encore plus sensible : Paul me vend une

(1) Pothier, *Louage*, nº 105.

(2) Merlin, Quest., vº *Hypothèque*, § 4 *bis*. — Troplong, *Hyp.*, nºs 521 et suiv.

(3) Cass., 13 février 1860. Sirey, 60, 1, 785.

maison qui appartient à Pierre. Je vous la revends, puis vous êtes héritier de Paul et évincé par Pierre. Vous ne pourrez exercer aucune garantie contre moi pour cause d'éviction, parce que tout ce que vous pourriez obtenir contre moi, je l'obtiendrais de suite contre Paul, mon garant, c'est-à-dire contre vous, son héritier. Il en serait de même, si Paul était votre héritier, car il résumerait en lui les qualités de garanti et de garant.

Nous supposons jusque-là que je suis garanti par Paul, exactement comme vous l'êtes par moi. Mais si les garanties n'existaient pas dans la même mesure, il n'y aurait d'extinction que jusqu'à concurrence, et vous pourriez agir pour le surplus; car la compensation n'éteint que d'égal à égal. Ainsi, Paul m'a vendu sans garantie, ou, ce qui est la même chose, j'ai acheté, connaissant le vice de la chose; il ne me doit que la restitution du prix (1629). Vous êtes, au contraire, pleinement garanti par moi; je vous dois, dès lors, outre le prix, des dommages et intérêts. Vous pourrez donc, en cas d'éviction, réclamer contre moi tout ce qui excède dans la garantie que je vous ai promise, la garantie que j'avais moi-même stipulée; et la compensation ne s'en fera que jusqu'à due concurrence des restitutions réciproques.

Ceci va devenir encore plus évident : Supposons que Paul m'ait promis, par une clause pénale, mille francs de dommages et intérêts, à forfait, en cas d'éviction, et que, par une clause de même nature, je vous en aie promis deux mille. Compensation faite à due concurrence, je dois encore mille francs. Nous rentrons ici dans un cas de compensation ordinaire.

33. L'exception de garantie cesse à l'égard de l'héritier qui n'a accepté que sous bénéfice d'inventaire la succession de la personne du chef de laquelle on prétend la lui opposer. C'est qu'alors il existe une séparation absolue de patrimoines, qui empêche toute confusion des droits ou des obligations de l'héritier et de la succession.

L'exception de garantie cesse également à l'égard de la femme dont le mari a aliéné seul et sans son consentement un immeuble qui lui appartient. Elle a le droit, même dans le cas où elle accepte la communauté, de revendiquer cet immeuble en totalité, à la charge par elle, néanmoins, de contribuer pour moitié, en sa qualité de commune, à la restitution du prix et au payement des dommages et intérêts dus à l'acquéreur évincé, à moins qu'elle ne préfère, suivant son droit supposé, abandonner son émolument dans la communauté (1).

Cependant, de savants auteurs (2) ont pensé que son action n'était recevable que pour moitié seulement, parce que, pour le surplus, étant obligée de rembourser sa part dans le prix et dans les dommages et intérêts, elle était, à ce titre, tenue d'une véritable garantie, et que dès lors elle ne pouvait évincer l'acquéreur de la part qu'elle doit lui garantir. Cette opinion, d'abord embrassée par Pothier (3) a été plus tard abandonnée par lui, et il a été même jusqu'à prétendre (4) que la femme ne doit contribuer qu'au remboursement du prix, et non aux dommages et intérêts. Nous admettons bien la première partie de cette opinion; mais nous en repoussons la seconde. Toutes les obligations contractées par le mari tombent, en effet, à la charge de la communauté, et, si la loi en excepte quelques-unes d'une manière spéciale, on ne voit dans le Code aucune exception qui s'applique à l'obligation de garantie que le mari contracte en aliénant seul un immeuble appartenant à sa femme. Cette obligation, qui se résout dans le remboursement du prix

(1) LEBRUN, *Traité de la communauté*, liv. 2, ch. 3, sect. 1, n° 38. — VALIN, *La Rochelle*, art. 22, § 1, n° 45. — BOUCHEUL, *Poitou*, art. 230, n°s 96 et 97. — FERRIÈRE, *Paris*, art. 226, n°s 7 et suiv. — RENUSSON, *Communauté*, p. 1, ch. 6, n°s 64 et suiv. — DURANTON, t. 14, n° 321. — ZACHARIÆ, t. 3, p. 450, 1re édit., et t. 5, p. 347, 4e édit. — RODIÈRE, et PONT, t. 1, n° 686.

(2) TOULLIER t. 12, n° 226. — TROPLONG, *Contrat de mariage*, n°s 732 et suiv.; *Vente*, n° 463.

(3) *Vente*, n° 179.

(4) *Communauté*, n° 253.

et dans le payement des dommages et intérêts, est donc une charge de la communauté qui incombe pour moitié à la femme commune acceptante.

Mais il ne s'ensuit nullement qu'elle ne puisse revendiquer que pour moitié son immeuble aliéné indûment par le mari. En effet, elle n'est tenue des dettes de la communauté, soit à l'égard du mari, soit à l'égard des créanciers, que jusqu'à concurrence de son émolument, pourvu qu'il y ait eu bon et fidèle inventaire, et en rendant compte tant du contenu de cet inventaire que de ce qui lui est échu par le partage (1483). Ce bénéfice n'est-il pas la preuve que la femme n'est pas personnellement obligée? Car si elle l'était, elle serait tenue de sa part des obligations de la communauté, au delà même de son émolument et sur ses biens personnels. Or, si l'obligation de garantie ne lui est pas personnelle, l'exception qui en résulte ne saurait lui être opposée. Elle peut donc revendiquer la totalité de son immeuble, ainsi que nous l'avons dit.

Les auteurs mêmes dont nous combattons l'opinion, Pothier (1) et M. Troplong (2) reconnaissent qu'elle peut avoir une action totale, en demandant à n'être tenue que *pro modo emolumenti*. Mais cette action totale qu'ils mettent en exception, doit, au contraire, être posée en principe. Car la règle, en matière de communauté, est que la femme n'est tenue des dettes que jusqu'à concurrence de son émolument. Or, à ce premier principe doit correspondre celui-ci : à savoir que la femme n'étant point tenue personnellement, même pour sa part, de l'obligation de garantie, a le droit de revendiquer la totalité de l'immeuble. L'exception est donc que l'action n'est recevable que pour moitié, seulement lorsqu'il n'y a point eu bon et fidèle inventaire, et qu'il n'est point rendu compte tant du contenu de cet inventaire que de ce qui est échu par le partage à la femme commune.

(1) *Vente*, nº 179.
(2) *Contrat de mariage*, nº 733.

Telle est, en résumé, la différence qui distingue notre opinion de l'opinion opposée : nous réduisons en exception ce qu'elle pose en principe, et nous mettons en principe ce qu'elle ne pose qu'en exception. D'un autre côté, quand nous disons que la femme commune acceptante peut revendiquer son immeuble propre aliéné par le mari sans son consentement, même pour la totalité, nous ne lui reconnaissons ce droit de revendication totale que dans le cas où elle peut se décharger des conséquences de l'action en garantie par l'abandon de son émolument dans la communauté. Si alors il nous semble qu'il existe pour elle une sorte de bénéfice d'inventaire, qui a pour effet de séparer ses biens propres de ceux de la communauté, nous pensons que dans le cas contraire, où elle est tenue comme commune même *ultra vires*, l'exception de garantie à laquelle elle a succédé s'oppose à ce qu'elle revendique plus de la moitié.

34. L'exception de garantie cesse lorsque la vente a été faite aux risques et périls de l'acheteur; ce qui arrive lorsque ce dernier achète expressément à ses risques et périls, ou qu'il laisse mettre dans le contrat une clause de non garantie, sachant, en outre, lors de la vente, le danger de l'éviction (1629). Dans ce cas, le vendeur qui n'a garanti que ses faits personnels, peut faire valoir les droits qu'il acquiert ultérieurement, sans qu'on puisse lui opposer une exception de garantie qui ne repose sur rien.

Mais il ne faut point assimiler à une vente faite aux risques et périls de l'acheteur, la vente faite simplement sans garantie; ce qui arrive lorsque le vendeur stipule sa non garantie, ou que l'acheteur a su, lors de la vente, par un moyen quelconque, le vice de la chose. Si la vente est faite sans garantie, le vendeur, en cas d'éviction, est encore tenu de la restitution du prix (1629). C'est, qu'en effet, il a promis une cause de payement, c'est-à-dire la propriété de la chose vendue; seulement il est affranchi de dommages et intérêts. Or, de ce qu'il a pro-

mis la propriété, il suit qu'il s'est interdit l'éviction. Autrement, il reviendrait contre son propre fait, et il arriverait qu'appelé par son acquéreur à prendre son fait et cause sur l'action en revendication intentée par lui, il serait forcé de défendre, comme garant, la vente contre sa propre action en revendication.

Cependant, quelques auteurs (1) semblent d'une opinion contraire. Ils pensent que le propriétaire peut revendiquer contre l'acquéreur qui, lors de la vente, a connu le danger de l'éviction, mais sans acheter pour cela à ses risques et périls. Par exemple, un tuteur vend, comme tuteur et sans formalités, le bien de son pupille; le tuteur meurt, et son pupille hérite; pourra-t-il revendiquer? Oui, disent-ils, parce que le tuteur n'est pas garant. Du reste, si le tuteur avait vendu la chose du mineur comme étant sa propriété, ou en promettant de faire ratifier le mineur, il n'y a pas de doute que l'exception de garantie ne pût être opposée à ce dernier, devenu héritier pur et simple du vendeur (2).

Mais revenons à notre question, et posons-en bien les termes. Il est entendu que le tuteur, en déclarant qu'il vendait comme tuteur les biens de son pupille, n'a fait que dénoncer le vice de la chose, et que par conséquent il a contracté comme s'il avait stipulé une clause de non garantie, qui l'oblige néanmoins, en cas d'éviction, à restituer le montant du prix. D'autre part, il est supposé que le pupille hérite en majorité, et qu'il accepte purement et simplement. Autrement, s'il acceptait sous bénéfice d'inventaire, ou héritait en minorité, où le bénéfice d'inventaire est de droit (361), comme alors il n'y aurait pas confusion (802), le droit de revendiquer ne ferait pas question.

Voici donc les termes dans lesquels l'espèce se résume : le vendeur à fait connaître le vice de la chose; il n'en doit pas

(1) Toullier, t. 6, n° 137. — Troplong, *Vente*, n°s 446, 460.

(2) Pothier, *Vente*, n° 168. — Cass., 28 juin 1859. Sirey, 59, 1, 753.

moins, en cas d'éviction, restituer le prix; il est tenu de prendre le fait et cause de l'acquéreur; toutes ces obligations passent à son héritier. Comment donc celui-ci pourrait-il poursuivre le désistement d'une chose dont il a promis la propriété? Nous le répétons, promettre la propriété d'une chose, c'est s'en interdire l'éviction.

Mais, dit-on, le tuteur pourrait même, durant la tutelle, demander la résolution de la vente illégalement consentie. Sans doute; mais ceci ne prouve rien. Pourquoi le tuteur a-t-il ce droit? C'est qu'il est administrateur des biens de son pupille, et c'est dans cette qualité qu'il puise le droit de revendiquer les biens du mineur indûment aliénés, même par lui; c'est qu'enfin, après avoir engagé sa responsabilité comme vendeur, plus ou moins, envers l'acquéreur, il peut ne pas vouloir l'engager plus longtemps comme tuteur envers son pupille. Il ne revendique donc pas en la même qualité qu'il a vendu. Et ne voit-on pas qu'il n'y a plus de tuteur quand le tuteur est mort; que ses obligations, comme vendeur, sont passées à son ancien pupille, son héritier, et que celui-ci tenu, à ce titre, des mêmes engagements envers l'acquéreur, ne peut revendiquer sur lui la propriété que, comme vendeur, il doit lui garantir? Si le tuteur succédait au mineur, le pourrait-il du chef de son auteur? Evidemment non (1). Qu'importe donc, pour la compensation des actions, que la confusion des obligations et des droits contradictoires se soit opérée de telle manière plutôt que de telle autre? L'exception de garantie est donc également opposable dans le cas d'une vente faite sans garantie, mais non aux risques et périls de l'acquéreur.

Le droit romain le décide au surplus par des textes formels. Exemples : Le mari vend un fonds dotal à un acquéreur qui le sait ou l'ignore *scienti vel ignoranti*, c'est-à-dire sans garantie ou avec garantie; si plus tard il profite de la dot, confondant sur sa tête les droits de la femme propriétaire et ses obliga-

(1) Rodière, n° 433.

tions personnelles comme vendeur, il ne pourra revendiquer (1). Lui aussi cependant aurait pu, pendant le mariage, comme administrateur de la dot, réclamer le fonds dotal en demeurant soumis au recours de son acquéreur.

Une mère vous vend la maison de son fils, vous le sachant, *te sciente,* c'est-à-dire sans garantie (nous pourrions très bien dire un père tuteur). Le fils hérite de sa mère ; s'il revendique, il peut être repoussé par l'exception de dol ; on peut lui opposer la maxime *quem de evictionne* (2).

35. La compensation d'actions a également lieu sur la tête de la personne en faveur de laquelle la loi ou la convention ouvrent, d'un côté, un droit de résolution ou de révocation, et qui est, d'un autre côté, obligée à exécuter et maintenir le contrat. Par exemple, deux personnes font ensemble et solidairement une donation ; plus tard cette donation est révoquée de plein droit, à l'égard de l'un des donateurs, par la survenance d'un enfant. Ce donateur, s'il devient héritier de l'autre, ne pourra pas s'en prévaloir pour demander la révocation de la libéralité contre le donataire. La solidarité a eu, en effet, pour résultat d'engager personnellement et principalement chaque donateur à assurer l'entier accomplissement de la donation, pour le cas où, par un motif quelconque, elle cesserait d'avoir son effet de la part de l'un d'eux. Alors donc que le donateur auquel un enfant est survenu succède à l'autre, comme il est tenu, en qualité d'héritier, de toutes ses dettes et obligations, il ne peut exercer un droit qui est en opposition avec ses engagements, et il doit exécuter et maintenir la donation pour le tout (3).

De même, dans le cas où un ascendant a fait à tous ses enfants, moins un, l'abandon de ses biens pour être partagés entre eux, en se portant fort pour l'enfant omis et en s'enga-

(1) L. 42, *ff. De usucap.*

(2) L. 14, C. *De rei vend.*

(3) Cass., 18 déc. 1844. Sirey, 45, 1, 309. — 19 fév. 1868. Sirey, 68, 1, 109.

geant à procurer sa ratification, cet enfant ou ses héritiers ne seront pas recevables à exercer l'action en nullité qui leur appartenait de leur chef, lorsqu'ils ont accepté purement et simplement la succession de l'ascendant qui s'est porté fort pour eux (1).

36. Il importe peu, pour l'application de l'exception de garantie, que le contrat ait été exécuté ou non au moment où la partie intéressée prétend l'opposer. Le créancier est en droit d'exiger l'exécution de la convention, et non simplement des dommages et intérêts (2).

Cette distinction entre le cas où l'exception est proposée pour maintenir l'exécution du contrat, et celui où elle est proposée en vue de poursuivre cette exécution, en a soulevé une autre qui n'en est que le corollaire. Le président Favre (3) prétend que, si je puis repousser par l'exception l'héritier qui agit contre moi au mépris d'un contrat que j'ai fait avec son auteur, je ne puis de même le contraindre à l'exécuter. Toute la question dépend donc du rôle que joue celui sur la tête duquel se sont confondus les droits et les obligations contradictoires. Est-il demandeur? Est-il défendeur? Dans le premier cas, l'exception a lieu, et, dans le second, elle est écartée. Mais qui ne voit que cette circonstance est indifférente? Aussi, nous bornerons-nous à répéter avec Mornac (4) : « Voilà donc l'opinion d'un aussi savant jurisconsulte, lui qui, cependant, savait, et de reste, que l'héritier est tenu des faits de son auteur! Cette raison suffira toujours pour fermer la bouche, dans tous les cas, au véritable propriétaire, devenu plus tard héritier de celui qui a promis sa chose (5). »

(1) Cass., 5 nov. 1877. — Sirey, 78, 1, 214.

(2) *Contrà,* Toullier, t. 6, nº 137.

(3) *Conject.*, liv. 20, ch. 17; et *Rationalia ad. Pand.,* l. 41, *ff. De pig. act.*

(4) Sur la loi 41, *ff. De pign. act.*

(5) Troplong, *Hyp.*, nº 527. — Merlin, Quest., vº *Hyp.*, § 4 *bis.*

37. L'exception ne cesse pas d'être opposable, alors même que, avant toute confusion des obligations et des droits qui s'entre-détruisent, le véritable propriétaire, par exemple, a intenté son action en revendication, et a obtenu une décision judiciaire en sa faveur, à moins qu'elle n'ait acquis l'autorité de la chose jugée. Elle peut être opposée tant que l'éviction n'a pas été ordonnée par un jugement définitif. Mais lorsque la décision est passée en force de chose jugée, comme ses résultats sont irrévocablement acquis au demandeur et au défendeur; que le bénéfice en appartient également aux deux parties, l'exception qui, jusque-là, aurait pu être proposée pour faire tomber l'action, ne peut plus l'être dorénavant pour empêcher ou paralyser l'exécution du jugement. Il constitue indistinctement, à l'égard des deux parties, un titre nouveau et irréfragable, quels que soient les événements ultérieurs (1).

En vain objecterait-on que, si, même après le jugement rendu, mais non encore exécuté, la confusion s'est opérée sur la tête du propriétaire, il ne peut consommer envers le garanti une éviction contre laquelle il doit le garantir, ni exécuter cette décision, quand il est personnellement responsable de sa mise à exécution; que, conséquemment, l'équité lui défend de revenir contre son propre fait, ou celui de son auteur, lorsque, avant que tout soit consommé, il est à même d'accomplir ses engagements. Il faudrait ajouter que, de son côté, celui sur la tête duquel se sont confondus les obligations et les droits contradictoires, pourrait contraindre l'autre partie à s'en tenir à l'exécution ponctuelle du contrat, et qu'elle ne saurait s'en plaindre, puisque, de toutes les satisfactions qui peuvent lui être données, celle-ci est la plus légitime et la plus complète.

Le vice de cette objection réside dans une fausse appréciation des effets de la chose jugée. Nous le répétons, et c'en est une réfutation suffisante, la chose jugée produit, à l'égard de

(1) Riom, 1er mai 1861. Sirey, 62, 2, 404.

tous, des droits inattaquables qui ne peuvent être modifiés ou détruits que de leur mutuel consentement.

38. L'exception de garantie cesse d'être applicable lorsque l'exercice du droit qu'elle tend à neutraliser est fondé sur des considérations d'intérêt public. Ainsi, on ne peut empêcher, sous le prétexte d'une compensation d'actions, l'héritier de celui qui a cédé à un étranger ses droits successifs, d'exercer contre celui-ci le retrait successoral. On ne saurait prétendre qu'il est garant des faits de son auteur. Dans ce cas, il n'y a point de garantie, parce que l'article 841 déclare le cessionnaire évincé suffisamment indemnisé par le remboursement du prix et de ses loyaux coûts; qu'il ne peut exercer d'autre recours, pour cause d'éviction, contre son cédant, et que ce dernier, enfin, n'est point tenu de prendre son fait et cause (1).

39. L'ordonnance du mois d'août 1747, titre 2, chapitre 1er, article 31, avait introduit une exception en faveur des substitutions fidéicommissaires. Cet article est ainsi conçu : « Toutes les aliénations faites par le grevé ou par un des substitués, au préjudice de la substitution, à compter du jour qu'elle doit avoir son effet contre les tiers acquéreurs et les créanciers, suivant les articles précédents, ne pourront nuire aux substitués; et, en cas qu'ils revendiquent les biens aliénés, les acquéreurs seront tenus de les délaisser, sauf leur recours sur les biens libres du vendeur; ce qui sera observé encore que le substitué se trouve en même temps héritier pur et simple du vendeur, sans néanmoins qu'en ce cas il puisse déposséder l'acquéreur qu'après l'avoir remboursé entièrement du prix de l'aliénation, frais et loyaux coûts. »

Cette exception, conforme d'ailleurs à l'esprit des substitutions, et fondée sur un intérêt prétendu de famille, paraît avoir été jusque-là repoussée par notre ancienne jurisprudence. Le plus grand nombre des auteurs pensaient que le

(1) Cass., 15 mai 1844. Sirey, 44, 1, 603.

substitué, étant en même temps héritier pur et simple du grevé, ne pouvait évincer les tiers acquéreurs, même en offrant la restitution du prix, avec dommages et intérêts (1). Aussi, Pothier (2) a-t-il pu dire que l'ordonnance était, sur ce point, introductive d'un droit nouveau et singulier. Cependant, Charondas (3) cite un arrêt de 1572 qui a autorisé le substitué, moyennant lettres de rescision, à exercer la revendication, bien qu'il fût en même temps héritier pur et simple du grevé.

Le Code civil ne reproduit point l'exception de l'ordonnance. Son silence à cet égard, et surtout l'esprit de la législation moderne sur les substitutions, ne permettent pas un seul instant de douter que l'exception de garantie ne puisse être opposée au substitué qui, étant héritier pur et simple du grevé, prétendrait évincer les tiers acquéreurs.

40. Voilà ce que nous avions à dire de la compensation d'actions. Nous nous bornerons à ajouter qu'elle a lieu de plein droit, comme la compensation ordinaire; qu'elle n'a pas lieu également au préjudice des droits acquis à un tiers (1298); que les parties ne peuvent non plus y renoncer au préjudice des tiers, à moins qu'elles ne prouvent qu'elles avaient une juste cause d'ignorer le concours des éléments nécessaires auxquels son existence est subordonnée.

Article 1292.

Le terme de grâce n'est point un obstacle à la compensation.

Sommaire.

1. Le terme de grâce n'empêche point la compensation.

(1) Maynard, liv. 7, ch. 64, et liv. 8, ch. 65. — Despeisses, art 3, n° 10.
(2) *Vente*, n°s 170 et 172.
(3) Liv. 3, Rép. 29.

COMMENTAIRE.

1. Par exception à la condition générale d'exigibilité, posée dans l'article précédent, le terme de grâce n'est point un obstacle à la compensation (1292). *Aliud est diem obligationis non venisse, aliud humanitatis gratiâ tempus indulgeri solutionis* (1); autre chose est quand le terme stipulé n'est pas échu; autre chose est quand un délai de grâce est accordé pour le payement. Ce dernier délai est, en effet, sans objet et sans cause, aussitôt que le débiteur peut, sans aucune peine, se libérer, à due concurrence, par la voie de la compensation.

ARTICLE 1293.

La compensation a lieu, quelles que soient les causes de l'une ou de l'autre des dettes, excepté dans le cas, — 1° de la demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé; 2° de la demande en restitution d'un dépôt et du prêt à usage; — 3° d'une dette qui a pour cause des aliments déclarés insaisissables.

Sommaire.

1. La compensation a lieu quelles que soient les causes de l'une ou de l'autre dette.
2. Première exception en cas de restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé.
3. Deuxième exception en cas de dépôt et de prêt à usage. Du cas de dépôt.
4. Du cas de prêt à usage.
5. *Quid*, si le dépositaire et le commodataire ont été condamnés à payer la valeur de la chose?
6. En cas de dépôt irrégulier, il n'y a jamais lieu à compensation.
7. Du droit de rétention du dépositaire et du commodataire.
8. Troisième exception en cas d'aliments déclarés insaisissables.

(1) L. 16, § 1, *ff. De comp.*

9. Des deniers dotaux et autres, soumis à une affectation spéciale.
10. Des contributions publiques, et autres créances de l'Etat.
11. Les parties peuvent convenir que leurs dettes ne seront point susceptibles de compensation.
12. En matière de délits, point de compensation.
13. De la compensation facultative par voie d'exception et de reconvention.
14. La dette devient compensable, quand la partie intéressée renonce à son droit. Conséquence.
15. *Quid,* si les deux parties sont également intéressées? Remboursement du capital d'une rente.
16. La compensation facultative agit comme la compensation légale, mais seulement du jour où l'obstacle a été levé.
17. De la compensation opérée par l'intervention d'un tiers.
18. Si le créancier peut être forcé de compenser ce qui lui est dû avec ce qu'il doit à un tiers autre que le débiteur.
19. De la reconvention.
20. Suite.
21. Conditions sous lesquelles elle autorise le juge à surseoir.
22. Suite.
23. Suite.
24. Si le demandeur peut former reconvention sur reconvention.
25. Si le juge de l'action est toujours le juge de la reconvention.
26. La reconvention aboutit à une compensation facultative.

COMMENTAIRE.

1. Comme la compensation ne s'opère qu'à la condition de valoir payement, il est essentiel de considérer la nature de la chose qui fait l'objet de chaque obligation, et de voir si l'objet de l'une des dettes peut servir régulièrement à payer l'autre. De là les conditions d'identité que nous avons examinées sous l'article 1291.

Mais il en est autrement de la cause des obligations, qui n'en est que l'élément moral, et qui, à ce titre, ne doit être d'aucune considération dans l'appréciation du fait matériel de payement, dont la compensation est l'équivalent fictif. Aussi, la compensation a lieu, quelles que soient les causes de l'une ou de l'autre dette (1293).

Voilà le principe; mais il admet des exceptions. Quelles

qu'elles soient, ces exceptions sont fondées sur la considération de la faveur spéciale que la loi accorde, à raison de sa nature, à l'une ou à l'autre des obligations ou même à toutes deux à la fois. Il y a même, lorsque les deux dettes jouissent également de la même faveur ou d'une faveur semblable, un obstacle réciproque et double à ce que la compensation ait lieu. Quand cette raison de faveur existe, vainement les dettes réciproques sont exigibles, liquides, et leurs objets fongibles entre eux; elles ne sont point légalement compensables.

2. La première exception a lieu dans le cas de la demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé (1293) (1).

Cette spoliation injuste existe en cas de vol, d'escroquerie, d'abus de confiance. Elle existe même alors que le propriétaire en a été dépouillé, autrement que par ordre et autorité de justice, contre sa volonté et malgré lui, sans qu'il y ait de la part de celui qui l'a commise une intention frauduleuse susceptible de caractériser une infraction pénale. La spoliation n'en est pas moins injuste, et n'en constitue pas moins un obstacle à la compensation légale. *Spoliatus ante omnia restituendus,* avant tout il faut réintégrer la personne dépouillée. Elle pourra en conséquence exiger la restitution de la chose, sans que le créancier soit admis à objecter que cette restitution l'expose à perdre sa créance, à cause de l'insolvabilité du débiteur.

Cependant si, au lieu d'une restitution en nature de la chose même qui a été l'objet d'une dépossession injuste, il s'agissait du payement de l'indemnité et des dommages et intérêts auxquels la partie a été condamnée, pour en tenir lieu, soit par la juridiction civile, soit par la juridiction criminelle, la compensation pourrait être opposée à l'exécution du jugement de condamnation. Comme la chose jugée a opéré novation

(1) L. 14, § 2, C, *De comp.*

dans la nature de la dette, la compensation est dès lors régulièrement opposable, bien qu'elle n'ait fondé dans le principe aucune exception contre la demande (1). On peut, il est vrai, craindre que ce droit de compensation n'encourage la fraude et les voies de fait; mais il suffit, aux yeux de la loi, pour en contre-balancer les avantages, de l'application de la peine, s'il y a délit, et, dans tous les cas, de forts dommages et intérêts, suivant les circonstances.

Il ne faut point, du reste, assimiler à la spoliation injuste la simple possession de mauvaise foi. Si, dans ce dernier cas, au moins en matière de pétition d'hérédité, le droit romain (2) refusait au possesseur de mauvaise foi, *prædoni*, le droit d'opposer la compensation, il n'existe dans notre législation aucune disposition qui lui en enlève le bénéfice. Il est donc admis à s'en prévaloir envers le véritable propriétaire dans le compte qu'il est tenu de lui rendre (3).

3. La seconde exception a lieu dans le cas de la demande en restitution d'un dépôt ou d'un prêt à usage (1293).

Cette disposition a donné lieu à des interprétations différentes, et les auteurs se sont demandé quelle pouvait être l'hypothèse prévue par elle. Voyons d'abord quant au dépôt.

Comme le dépositaire doit rendre identiquement la chose même qu'il a reçue (1932), il s'ensuit que les choses remises en dépôt ne sont jamais considérées comme fongibles. Or, comme, d'autre part, la compensation légale ne s'opère qu'entre choses fongibles, l'une par rapport à l'autre, il en résulte qu'il n'y a pas lieu à compensation de droit avec une chose remise en dépôt, quand bien même cette chose serait de sa nature fongible, comme de l'argent ou du grain. Voilà une première hypothèse à laquelle s'applique l'article 1293.

(1) L. 2, C. *De comp.* — L. 10, § 2, *ff. De comp.* — Duranton, t. 12, n° 449.

(2) L. 31, § 1, *ff. De Petit hæred.*

(3) Pothier, *Propriété*, n° 441.

Mais, réduite à ces simples termes, cette disposition peut paraître sans utilité; car il est évident de soi, par la seule combinaison des principes du dépôt avec ceux de la compensation, que les choses déposées ne sont pas légalement compensables. L'inutilité flagrante d'une disposition ainsi restreinte dans son application a conduit les auteurs à s'occuper d'une autre hypothèse. Outre le dépôt régulier, il y a, en effet, une autre espèce de dépôt que l'on appelle irrégulier. Il a lieu lorsque, d'après l'intention expresse ou présumée du déposant, le dépositaire est autorisé à se servir des choses fongibles qui lui sont confiées, à la charge par lui de les restituer, non pas identiquement, mais en mêmes quantité et valeur. Ce contrat se rapproche beaucoup du simple prêt, par l'usage que le dépositaire est autorisé à faire de la chose; mais il participe également du dépôt, par la fin que les parties contractantes se sont proposée (1). Ici, la disposition de l'article 1293 devient utile; car il était permis de douter, à raison du caractère mixte du contrat, que l'objet d'un semblable dépôt irrégulier ne fût pas susceptible de compensation. Notre article, ne faisant aucune distinction, doit donc s'appliquer également à cette hypothèse, la seule même que le législateur ait entendu prévoir, puisqu'elle est la seule où il ait été réellement utile de poser une exception formelle (2).

Il ne faut point, du reste, confondre avec le dépôt même irrégulier certaines opérations qui s'en distinguent par leurs caractères essentiels. Telles sont les remises de fonds que l'on fait à un particulier ou à un banquier pour les faire valoir et ne pas les laisser improductifs, à la charge par lui de les rendre, avec bonification des intérêts convenus, dans les délais déterminés, soit à la première demande du créancier, soit

(1) Voy. Pothier, *Dépôt*, nos 11, 82, 83.

(2) Pothier, *Oblig.*, no 589. — Toullier, t. 7, no 385. — Duranton, t. 12, no 448. — Delvincourt, t. 2, p. 791. — Zachariæ, t. 2, p. 414, nte 3, 1re édit., et t. 4, p. 233, nte 2, 4e édit.

dans tel délai à partir d'un avertissement préalable. Ces remises de fonds ou valeurs ne constituent qu'un simple prêt.

Tels sont encore les versements faits aux caisses d'épargne. Ces établissements qui, d'après la loi même de leur institution, n'ont qu'un caractère privé (1), ne sauraient être assimilés à de véritables dépositaires. Ils sont plutôt des emprunteurs, mais dans des conditions telles que le contrat qui intervient entre eux et chaque déposant ou prêteur, est de leur part une sorte de contrat de bienfaisance en faveur de ce dernier. Les versements qu'ils reçoivent participant ainsi et d'une manière principale de la nature du prêt à intérêt, il en résulte qu'ils sont soumis à la loi générale de la compensation.

4. Quant au prêt à usage, les mêmes difficultés d'interprétation se présentent. En effet, comme le prêt à usage ou commodat est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi (1875) la chose donnée en commodat, fût-elle même fongible de sa nature, cesse de l'être en devenant l'objet d'un pareil contrat. Il est donc parfaitement inutile de dire qu'elle ne peut venir en compensation, puisque cette exception résulte nécessairement des principes combinés de la compensation et du commodat. Il y a mieux; à la différence de l'hypothèse du dépôt, il est impossible, au cas de commodat, de créer une hypothèse quelconque pour laquelle il y ait eu utilité, même apparente, de poser une exception telle que celle qui se trouve dans l'article 1293.

Il est vrai que les choses qui se consomment par l'usage, et qu'à raison de cette particularité on appelle communément choses fongibles, peuvent être elles-mêmes l'objet d'un prêt à usage ou commodat. Mais voici comment : c'est à la condition que le preneur n'en usera point conformément à leur destina-

(1) Voy. ordonnances, lois et décrets des 3 juin 1829, 5 juin 1835, 31 mars 1837, 30 juin 1851 et 15 avril 1852. — Cass,. 5 mars 1856, Sirey, 56, 1, 517.

tion ordinaire, c'est-à-dire qu'il ne les consommera pas. Comme exemple de ce commodat d'un genre particulier, on cite (1) le cas où un receveur de finances emprunte, pour que sa caisse paraisse remplie, des sacs d'argent qu'il doit rendre aussitôt après l'inspection faite; ou bien encore (2), le cas où un officier ministériel emprunte une somme, à la charge de la rendre identiquement, pour faire des offres réelles qu'il sait devoir être refusées. Ces choses sont alors prêtées, *ad pompam et ostentationem*, suivant l'expression du droit romain; leur nature fongible ne leur permet pas, en effet, de faire à un autre titre et pour un autre usage l'objet d'un commodat (3).

Mais ces choses qui, de leur nature, se consomment par l'usage ainsi devenues l'objet d'un commodat, ne sont pas pour cela fongibles. Elles doivent être identiquement rendues par le commodataire, comme un corps certain et déterminé; elles ne sont donc point susceptibles de compensation. Et pour cette hypothèse même, il est parfaitement inutile de poser expressément une exception. Il est incontestable cependant que c'est pour elle que la disposition de l'article 1293 a été édictée; et cette disposition ne peut s'expliquer que par la confusion que le législateur a faite entre les choses qui se consomment par l'usage et les choses fongibles, sans faire attention que ces choses peuvent, suivant la fin que se proposent les parties, être néanmoins susceptibles d'un usage qui n'a pas pour résultat de les consommer, et qui leur ôte, au contraire, leur caractère habituel de choses fongibles (4).

5. Supposons maintenant que le dépositaire ou l'emprunteur ait été condamné à payer la valeur de la chose déposée ou prêtée, en cas de perte par leur faute, de détournement ou

(1) Pothier, *Prêt à usage*, n° 17.

(2) Toullier, t. 7, n° 383.

(3) L. 3, § 6, *ff. Commod.*

(4) Toullier, t. 7, n° 383. — Duranton, t. 12, n° 449. — Zachariæ, t. 2, p. 414, n^te^ 4, 1re édit., et t. 4, p. 233, n^te^ 3, 4e édit.

de dissipation. M. Delvincourt (1) ne pouvant s'expliquer autrement l'exception portée, au cas de commodat, par l'article 1293, pense que cet article ne peut s'entendre que du cas où la chose n'existant plus, le prix en est dû par le commodataire. Nous avons déjà réfuté cet argument tiré de l'inutilité des dispositions de l'article 1293, en expliquant comment le législateur avait été amené à les édicter. Nous pourrions même ajouter que, si une disposition est inutile, ce n'est point une raison, lorsqu'elle est claire et précise, pour en forcer les termes et en dénaturer le sens. L'opinion de M. Delvincourt doit être écartée, comme l'argument sur lequel elle s'appuie.

Nous disons donc que, sans qu'il y ait lieu de faire aucune distinction entre le dépositaire et le commodataire, la somme à laquelle ils ont été condamnés envers le déposant ou le prêteur, en cas de perte ou de détérioration de la chose déposée ou prêtée, vient en compensation comme toute autre somme d'argent due à un titre quelconque. Le jugement qui les condamne opère, en effet, judiciairement novation; et, dès lors, la créance ne consistant plus dans la chose déposée ou prêtée, mais seulement en une somme de deniers, est susceptible de compensation légale (2).

Ce droit de compensation résultant de la novation judiciaire peut présenter de très sérieux inconvénients. Car il offre une prime à la mauvaise foi, en intéressant le dépositaire et le commodataire à manquer à leurs engagements, et à se laisser condamner, plutôt que de rendre la chose déposée ou prêtée, lorsque cette restitution une fois effectuée ne leur laisse, pour le payement de leurs créances, qu'un recours illusoire contre un débiteur insolvable. Cet intérêt qu'ils ont à se

(1) T. 2, p. 791.

(2) Pothier, *Prêt à usage*, n° 44. — Toullier, t. 7, n°s 383-384. — Duranton, t. 12, n°s 448-449; et t. 17, n° 537. — Zachariæ, t. 2, p. 414, n^tes^ 3 et 4; et t. 3, p. 91, et t. 4, p. 233, n^te^ 3, et p. 597, 4e édit.

ménager une faculté de compensation, à la suite d'une condamnation judiciaire, ne pourra être neutralisé que par la crainte de dommages et intérêts considérables. Cette observation a frappé les auteurs. Aussi, Brunnemann (1) veut-il qu'en cas de perte du dépôt et de condamnation à des dommages et intérêts, il n'y ait point lieu à compensation, à cause des raisons de bonne foi qui abondent, et dans la crainte que le dépositaire ne s'applique à se procurer, par son dol même, un droit de compensation. Ce point peut appeler l'attention du législateur; mais les considérations d'équité ne sauraient l'emporter sur les principes de la loi.

6. Voici encore un résultat qui peut paraître étrange : En cas de dépôt irrégulier, le dépositaire condamné à en payer le montant ne pourra le faire venir en compensation. C'est que le jugement de condamnation ne produit, dans ce cas, aucune novation dans la nature de la chose due qui reste identiquement la même. Après comme avant, la dette consiste toujours en une chose fongible; et comme l'obstacle qui s'oppose à la compensation tient uniquement à la cause de la créance, il subsiste après la condamnation, comme il existait auparavant. C'est, en un mot, comme si le déposant, au lieu de faire un dépôt irrégulier, avait fait un prêt au dépositaire avec la clause que ce dernier ne pourrait opposer la compensation.

En cas de dépôt régulier, au contraire, la chose déposée n'est pas susceptible de compensation, parce qu'elle n'est point fongible. Or, l'obstacle disparaît aussitôt que l'objet de la dette est transformé. Il suffit alors d'un changement dans la nature de la chose due, pour qu'elle devienne à l'instant compensable.

Du reste, le déposant et le prêteur peuvent stipuler régulièrement qu'il n'y aura même pas lieu à compensation avec la somme à laquelle le dépositaire et l'emprunteur peuvent être plus tard condamnés, en cas de perte ou de détérioration de la chose.

(1) Sur la loi dernière, C. *De comp.*, n° 10.

7. Bien que le dépositaire ne puisse pas compenser la chose déposée avec ce que lui doit le déposant, néanmoins, il est autorisé à retenir le dépôt jusqu'à l'entier payement de ce qui lui est dû, à raison du dépôt (1948), c'est-à-dire jusqu'au remboursement des avances qu'il a faites pour la garde et la conservation de la chose.

Le commodataire a lui-même un droit égal (1); et si l'article 1885 dispose que l'emprunteur ne peut retenir la chose par compensation de ce que le prêteur lui doit, c'est en ce sens seulement, ainsi que l'exprime la loi romaine (2), qu'il ne peut retenir la chose prêtée par forme de gage, sous le prétexte que le prêteur est d'ailleurs son débiteur. Mais cet article ne s'oppose nullement à ce qu'il retienne la chose jusqu'à ce qu'il ait été remboursé des avances par lui faites pour la conservation du prêt.

8. Une troisième exception a lieu dans le cas d'une dette qui a pour cause des aliments déclarés insaisissables (1293). Elle est fondée sur l'insaisissabilité même de la chose, et sur cette considération que ne pouvant être saisie par des tiers, ni être employée, malgré le débiteur, au payement de ce qui leur est dû, elle ne peut non plus servir, par voie de compensation, au payement de ce que le créancier doit au débiteur de ces aliments (3).

Pour bien comprendre cette troisième exception, il faut supposer que la prestation alimentaire consiste en argent, denrées et autres choses fongibles, les seules qui de leur nature soient susceptibles de compensation.

Il est, du reste, indifférent que les aliments soient déclarés insaisissables par la loi ou par le titre en vertu duquel ils sont dus. La loi prononce, en effet, l'insaisissabilité des provisions alimentaires adjugées par justice, et des sommes et pensions

(1) POTHIER, *Prêt à usage*, nos 43 et 82. — TOULLIER, t. 7, n° 384.
(2) L. 4. C. *De comm.*
(3) POTHIER, *Oblig.*, n° 539.

pour aliments, encore que le testament ou l'acte de donation ne les déclare pas insaisissables (581, nos 2, 4, C. pr.).

Mais elles sont susceptibles de compensation dans les cas spéciaux où elles pourraient être saisies. L'exception cesse avec la prohibition de saisir, à laquelle elle est subordonnée. Ainsi comme l'article 582, C. pr., autorise la saisie des provisions alimentaires pour cause d'aliments, elles pourront être compensées avec ce que le créancier doit à ce titre de fournitures alimentaires (1), pourvu, toutefois, qu'elles n'aient été faites, ni par anticipation, ni avec exagération, de manière à dévorer d'avance les ressources du créancier, et à le laisser sans secours pour l'avenir (2).

Quant aux autres sommes et pensions pour aliments, elles pourront également être compensées, suivant l'article 582, C. pr., de même qu'elles pourraient être saisies, au profit de créanciers postérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs, et ce, en vertu de la permission du juge, et pour la portion qu'il déterminera (3).

9. Aux prestations alimentaires déclarées insaisissables, il convient d'assimiler les deniers dotaux appartenant à la femme mariée sous le régime dotal. Le caractère de dotalité leur imprime, en effet, la destination spéciale de subvenir aux charges du ménage, à l'entretien et à l'alimentation de la famille. Rien ne peut les détourner de cette fin essentielle, hors les cas où, par exception, la loi déclare la dot aliénable. Or, comme la compensation aurait pour effet de les en distraire, en substituant, au préjudice de la femme, un payement purement stérile à un payement utile, tel que l'exige la destination de la dot, il s'ensuit qu'elle ne peut légalement s'accomplir.

(1) Duranton, t. 12, n° 453. — Zachariæ, t. 2, p. 415, nte 5, 1re édit., et t. 4, p. 234, nte 4, 4e édit. — Delvincourt, t. 2, p. 792. — Cass., 17 mai 1831. Sirey, 31, 1, 209.

(2) Toullier, t. 7, n° 386.

(3) Duranton, t. 12, n° 453.

Ainsi, l'acquéreur d'un immeuble acquis de deniers dotaux, et plus tard revendu par la femme, comme n'étant point dotal et inaliénable (1553), ne pourra compenser le prix de son acquisition avec la créance qu'il a contre sa venderesse. La compensation aurait, en effet, pour résultat d'entraîner l'aliénation de la dot mobilière, également inaliénable, et de frustrer la famille des ressources que la dotalité a pour but essentiel de lui assurer (1).

Mais si telle était la nature de la dette de la femme, qu'elle fût exigible et payable sur la dot elle-même; par exemple, si elle avait pour cause des fournitures d'aliments, ou qu'elle fût antérieure au mariage, ou provenue de ses auteurs, alors la compensation serait bien venue jusqu'à concurrence des causes légitimes de la dette qui en autoriseraient le remboursement sur les biens dotaux.

Il convient d'assimiler, à cet égard, aux deniers frappés de dotalité ceux qui sont soumis à une affectation spéciale. Telles sont les sommes grevées, en faveur du père ou de la mère, de l'usufruit légal. Comme elles sont soumises à la charge de la nourriture, de l'entretien et de l'éducation des enfants, il ne peut s'établir entre les intérêts qu'elles produisent pour l'usufruitier, et ce que ce dernier doit aux débiteurs de ces mêmes créances, de compensation légale que jusqu'à concurrence de ce qui excède la somme nécessaire à l'acquittement des charges usufructaires. Les fruits des biens grevés de l'usufruit légal ne pouvant être saisis que dans cette même proportion par les créanciers personnels de l'usufruitier (2), le même principe doit ici servir de règle pour la compensation légale.

(1) Cass., 16 août 1837. SIREY, 37, 1, 800. — 31 janv. 1842. SIREY, 42, 1, 110.

(2) PROUDHON, *Usuf.*, t. 1, nos 219 et suiv. — ZACHARIÆ, t. 3, p. 683, 1re édit., et t. 6, p. 88, 4e édit. — MAGNIN, *Des tutelles*, n° 283, Colmar, 17 janv. 1835, SIREY, 35, 2, 246.

10. Une autre exception a lieu en matière des contributions dues à l'État. Elle est fondée sur l'organisation spéciale des finances publiques, à l'égard desquelles la compensation n'a jamais été admise. Il importe, en effet, que la rentrée des impôts soit certaine, assurée et mise à l'abri de ces diminutions imprévues qui paralyseraient les moyens financiers de l'État.

Quant aux autres créances de l'État, considéré comme débiteur ou créancier ordinaire, elles sont en général soumises aux principes du droit commun, et, en conséquence, susceptibles de compensation. Mais elle ne s'opère entre l'État et les particuliers qu'autant que les créances et dettes respectives ressortissent à la même administration ou régie; que l'État, comme débiteur d'une part, et créancier de l'autre, est représenté par les mêmes agents; qu'enfin la compensation ne tend à apporter aucun trouble, aucune perturbation dans la comptabilité financière. Ces règles ont été de tout temps, en quelque sorte, une maxime de notre droit public (1).

11. A ces diverses exceptions, il faut en joindre une autre résultant de la convention spéciale des parties. Elles peuvent, en effet, stipuler que la compensation légale n'aura point lieu, et renoncer ainsi d'avance au droit de l'opposer (2). A la différence de la prescription, la compensation est d'intérêt privé. On peut donc valablement convenir, par une clause particulière, que telle créance ne sera pas compensable, avant même que les conditions requises pour la compensation légale soient accomplies, et que la faculté de l'opposer soit ainsi ouverte et acquise. D'ailleurs, la loi ne faisant d'office que ce

(1) L. 45, § 5, *ff. De jure fisci.* — L. 1, C. *De comp.* — Ferrière, *Cout. de Paris,* art. 105, n° 4. — Pothier, *Oblig,* n° 589, *in fine.* — Duranton, t. 12, nos 419-420. — Merlin, Rép., v° *Comp*., § 3, n° 3; et Quest., v° *Comp.,* § 3. — Toullier, t. 7, n° 379. — Zachariæ, t. 2, p. 415, 1re édit., et t. 4, p. 235, 4e édit.

(2) Zachariæ, t. 2, p. 413, 1re édit., et t. 4, p. 235, 4e édit. — Delvincourt, t, 2, p. 792. — Marcadé, art. 1293, n° 5. — Bordeaux, 7 mars 1831. Sirey, 31, 2, 250. — *Contrà*, Toullier, t. 7, n° 393.

que les parties sont censées vouloir faire, toute exception à la compensation légale n'est elle-même fondée que sur leur intention présumée. A plus forte raison, la compensation doit-elle ne pas être admise quand elles se sont formellement expliquées à cet égard.

Il suffit même que leur volonté soit certaine, et qu'elle résulte clairement de la nature de l'engagement. Il n'y aura donc point lieu d'opposer en compensation toute dette qui aura été contractée dans des termes et circonstances tels qu'il n'y ait aucun doute sur la volonté des parties, soit qu'elle ait été contractée la première, soit dans un temps où l'autre dette préexistante réunissait déjà toutes les conditions voulues pour être compensable. Comme il se présente alors une question d'interprétation, les juges auront à apprécier, d'après les circonstances, l'intention commune des parties, et à examiner, notamment, la fin qu'en connaissance de cause elles se sont proposée en contractant.

12. A peine avons-nous besoin de rappeler cette vieille maxime de notre ancienne jurisprudence, qu'en matière de délits il n'y a point de compensation; ce qui ne veut point dire que l'intérêt civil qui en résulte ne soit parfaitement compensable, comme toute dette ordinaire, pourvu que les autres conditions nécessaires existent.

Nous observons, toutefois, qu'il y a certaines infractions qui se compensent; ce sont les injures, qui ne sont punies que lorsqu'elles ont été proférées sans provocation (471, n° 11, C. p., et 33, loi du 29 juillet 1881).

13. Nous devons parler ici, après les exceptions, de la compensation facultative qui, d'un point de vue général, embrasse toutes les hypothèses où la compensation légale est inadmissible.

Elle a lieu de deux manières : par voie d'exception, ou par voie de reconvention. Elle s'opère par voie d'exception, lorsqu'elle est proposée par celle des parties du côté ou en faveur

de laquelle il existe un obstacle à la compensation légale, ou même lorsqu'elle est proposée par les deux parties à l'égard desquelles la compensation de droit ne peut également s'opérer.

Elle a lieu par voie de reconvention, lorsque la partie poursuivie, qui ne peut opposer la compensation légale, les conditions requises par la loi n'existant pas encore, forme contre l'autre une action tendante à la faire condamner comme réciproquement débitrice.

Nous allons examiner successivement ces deux modes de compensation facultative.

Lorsque la compensation légale n'est écartée que dans l'intérêt et en faveur de l'une des parties, il est évident qu'elle peut faire disparaître l'obstacle, en déclarant qu'elle renonce à son droit. D'un autre côté, son adversaire ne saurait être admis à critiquer cette renonciation. De ce moment-là, rien ne s'oppose donc à la compensation légale, qui s'opère de plein droit, par la seule action de la loi, sans que les parties aient même besoin de déclarer expressément qu'elles entendent compenser leurs dettes respectives.

Tel est le cas où le déposant et le prêteur déclarent renoncer au droit établi en leur faveur, et lever l'obstacle que la loi met, dans leur intérêt, à la compensation légale. La compensation s'opère, dès lors, de plein droit (1).

Tel est encore le cas où le débiteur d'une somme non encore exigible déclare au créancier, suivant son droit, renoncer au bénéfice du terme, et celui où le créancier d'aliments déclarés insaisissables consent à ce qu'ils soient compensés avec la créance de celui qui les doit. S'il ne peut être, malgré sa volonté, assujetti à une compensation de plein droit et forcée, il n'en a pas moins le droit d'en faire l'objet d'une compensation facultative (2).

14. Il importe peu, dans le cas de compensation facultative,

(1) Toullier, t. 7, nos 346 et 396.
(2) Cass., 1er avril 1844. Sirey, 44, 1, 468.

que la dette qui, pour une cause quelconque, n'était point susceptible de compensation, mais qui le devient par suite de la renonciation à son droit de la part de la partie intéressée, il importe peu, disons-nous, que cette dette soit inférieure au montant de celle avec laquelle il s'agit de la compenser. L'autre partie, créancière d'une somme plus forte, ne pourra objecter que la compensation aura pour effet de lui faire recevoir un payement partiel. C'est là, en effet, ainsi que nous l'avons remarqué plus haut, un des résultats nécessaires de la compensation légale, qui éteint les deux dettes jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives. Cette objection porte donc contre la compensation légale elle-même, et, comme elle prouverait trop, elle ne prouve absolument rien du tout. Reste donc la seule question de savoir si le créancier en faveur duquel la loi a rejeté la compensation, peut unilatéralement renoncer à son droit. Or, ainsi que nous l'avons déjà dit, il est incontestable qu'il peut user de cette faculté, sans que l'autre partie, qu'elles qu'en soient les conséquences, puisse s'opposer à cette renonciation.

15. Cependant, si l'obstacle qui s'opposait à la compensation intéressait également l'une et l'autre partie; par exemple, si le terme qui rendait l'une des dettes non exigible existait dans l'intérêt commun du débiteur et du créancier, il en serait tout autrement. Ainsi, le débiteur ne pourrait, au préjudice du créancier, renoncer au bénéfice du terme pour compenser de droit, de même qu'il ne pourrait payer par anticipation.

S'il s'agissait du remboursement du capital d'une rente, le débiteur devrait non-seulement attendre l'expiration du terme pendant lequel il se serait interdit l'exercice de cette faculté (530, 1911), mais encore, dans le cas même où il serait en droit d'en user, effectuer un remboursement intégral et non partiel. Autrement, l'exercice de la faculté de remboursement, qui est, à tout prendre, une renonciation à un terme indéfini, tournerait au préjudice du créancier, qui est également

intéressé à cette stipulation. Lors donc que le débiteur est créancier du crédi-rentier d'une somme inférieure au capital remboursable de la rente, il ne peut le forcer à subir une compensation partielle qui scinde et viole le contrat dans son exécution, à moins qu'il n'offre immédiatement, en espèces, un supplément pour parfaire un payement intégral (1).

Mais si, sur la demande du créancier, et dans les cas déterminés par la loi, un jugement avait ordonné le remboursement du capital, il pourrait, dès lors, s'opérer une compensation légale et partielle jusqu'à concurrence de la créance moindre du débiteur de la rente, mais à partir seulement de la demande en remboursement (2).

16. La compensation facultative ne produit son effet que du jour où la renonciation faite par le créancier intéressé, a levé l'obstacle qui s'opposait à la compensation (3). Mais, à partir de ce moment, elle agit absolument comme la compensation légale, et celui en faveur duquel la loi l'avait repoussée ne peut plus en modifier les conséquences, sans la volonté de l'autre partie. S'il s'agissait même de l'intérêt d'un tiers, le concours de leurs seules volontés serait insuffisant (4).

17. Si l'obstacle qui s'oppose à la compensation légale venait d'un défaut de réciprocité, c'est-à-dire s'il n'y avait pas entre les mêmes personnes concours de dettes et de créances réciproques, il pourrait bien encore y avoir lieu à une compensation facultative; mais elle serait fort différente de celle dont nous nous occupons. Car elle ne s'opèrerait que par l'intervention d'un tiers.

Par exemple, un tuteur, un mandataire, un mari, peuvent

(1) DUMOULIN, *De usuris*, n° 3·3. — VALIN, *La Rochelle*, art. 61, n°s 55 et 56. — DURANTON, t. 12, n° 410. — TOULLIER, t. 7, n° 405.

(2) DURANTON, *ibid*.

(3) TOULLIER, t. 7, n° 396. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 418, 1re édit., et t. 4, p. 236, 4e édit.

(4) TOULLIER, t. 7, n° 396.

opposer, en compensation de ce qu'ils doivent personnellement, ce qui est dû à leurs pupilles, leur mandant, leur femme, si cette dernière n'est séparée de biens, parce qu'ils ont qualité pour recevoir, et que la compensation vaut alors comme quittance, bien que le créancier ne puisse leur opposer la compensation de ce qu'il doit lui-même aux pupilles, au mandant, à la femme. Mais cette compensation est toute facultative et non légale; elle ne vaut que comme offres, et elle doit, pour être admise, aboutir à un payement intégral.

Réciproquement, le mandataire, le tuteur, poursuivis en cette qualité, peuvent opposer facultativement la compensation de ce qui leur est dû personnellement avec ce qui est dû par leurs pupilles ou mandant.

Par exemple encore, un héritier bénéficiaire est personnellement créancier d'un personne qui est elle-même créancière de l'hérédité. Comme l'acceptation sous bénéfice d'inventaire établit la séparation des patrimoines, il n'y a point lieu à compensation légale, les parties n'étant point réciproquement débitrices et créancières l'une de l'autre. Cependant, l'héritier bénéficiaire peut, sans autrement renoncer au bénéfice de son acceptation, opposer par voie d'exception, à la poursuite dirigée contre lui en cette qualité, qu'il est prêt à compenser la somme réclamée avec celle qui lui est due personnellement. Et cette compensation, facultative de sa part, aura pour effet d'éteindre les deux dettes. Mais, en même temps, l'héritier bénéficiaire sera subrogé de droit, comme ayant payé de ses deniers une dette de la succession (1251, n° 4).

18. Ce point n'est lui-même qu'un aperçu particulier d'une question plus générale. Un tiers intervenant, aux termes de l'article 1236, pour payer la dette d'un autre au nom et en l'acquit de ce dernier, peut-il opposer au créancier en compensation sa propre créance contre lui? Papinien (1) décide

(1) L. 18, § 1, *ff. De comp.*

le contraire : *Creditor compensare non cogitur quod alii quàm debitori suo debet, quamvis creditor ejus pro eo qui convenitur proprium debitum velit compensare;* le créancier n'est pas forcé de compenser ce qu'il doit à un autre que son débiteur, quoique ce tiers, qui est son propre créancier, veuille compenser sa dette en l'acquit du débiteur poursuivi.

Voici par quelle hypothèse Pothier (1) traduit cette loi : « Vous me faites commandement de vous payer cent livres que je vous dois; vous devez pareille somme à Pierre, et je vous signifie un acte par lequel Pierre consent que la somme de cent livres, que vous lui devez, vienne en compensation de celle que vous me demandez, et, en conséquence, je conclus à la compensation et au congé du commandement, dont j'offre les frais. » Et il ajoute que la compensation doit être admise, parce qu'il est indifférent au demandeur de recevoir de son débiteur personnel ou du tiers, en compensation de ce qu'il doit à ce dernier; qu'il serait, conséquemment, injuste d'autoriser les poursuites contre le débiteur.

Dans ces termes, l'opinion de Pothier est parfaitement équitable et juridique; car le consentement que donne Pierre, par acte signifié au créancier par le débiteur poursuivi, opère, en faveur de ce dernier, cession et transport de sa créance. Or, cette cession étant régulièrement notifiée au débiteur de Pierre, le débiteur en est valablement saisi, de telle sorte que, de ce moment-là, il est devenu créancier de son créancier, et que, moyennant ce concours de dettes respectives, la compensation s'est opérée entre eux de plein droit. La continuation des poursuites ne doit donc pas être autorisée, sauf au débiteur à payer les frais faits jusqu'à la notification du transport, qui a fait place immédiatement à la compensation légale.

Mais est-ce bien là l'hypothèse de Papinien? Dans l'espèce de la loi romaine, ne s'agit-il pas plutôt d'un créancier qui intervient dans la poursuite intentée contre le débiteur, et qui,

(1) *Oblig.*, n° 594.

sans cession ni transport consenti en faveur de ce dernier, offre au poursuivant de compenser ce qu'il lui doit personnellement en extinction de la créance qu'il a contre le tiers? Quoi qu'il en soit, il reste à examiner cette hypothèse.

Il ne peut s'agir, dans ce cas, que d'une compensation facultative, en ce sens que l'exception de compensation est proposée volontairement et spontanément par un créancier, non pas en vue d'éteindre sa propre dette, mais d'acquitter celle d'un tiers. Or, le créancier peut-il être forcé d'accepter cette compensation? Dans la rigueur des principes, la décision de Papinien est exacte, surtout au point de vue de la compensation proprement dite, qui suppose essentiellement le concours de personnes respectivement débitrices et créancières l'une de l'autre.

Mais il faut abandonner ce point de vue, et se placer à celui de la faculté que la loi accorde à toute personne, intéressée ou non, de payer la dette d'un tiers en son nom et en son acquit. Or, qu'importe (nous allons voir bientôt la restriction qu'il convient d'apporter), qu'importe au tiers créancier d'être payé par une numération effective d'espèces, ou au moyen d'une compensation qui en tient lieu? Si le tiers intervenant le payait effectivement au nom et en l'acquit du débiteur, il aurait immédiatement, en son nom propre et en sa qualité de créancier, à reprendre ce qu'il aurait payé. Il y a ainsi, pour admettre le payement par voie de compensation, les mêmes raisons qui ont fait admettre la compensation légale. L'article 1236 ne suppose pas tellement un payement effectif, que l'on doive repousser tout autre mode de libération en tenant exactement lieu. C'est donc dans les principes de cet article, et non dans ceux de la compensation, qu'il faut chercher la solution de notre question (1).

Aussi, convient-il d'y apporter une restriction. Le tiers qui intervient pour payer au nom et en l'acquit du débiteur, ne

(1) Voy. ccp. DURANTON, t. 12, n° 17.

peut et ne doit payer que comme aurait pu le faire ce dernier lui-même. A son égard, le payement est indivisible envers le créancier; il devra l'être également à l'égard du tiers. Celui-ci ne pouvant faire un payement partiel, ne pourra donc opposer en compensation sa propre créance, si elle est inférieure à celle du créancier, à moins qu'il n'offre en même temps somme suffisante pour parfaire un payement intégral, et assurer l'exécution indivisible de l'obligation (1).

19. Nous allons nous occuper maintenant de la compensation facultative par voie de reconvention.

Dans son acception la plus générale, la reconvention est la demande que le défendeur forme à son tour, devant le même juge, en réponse à la demande intentée contre lui. Cette contre-demande, que l'on nomme reconventionnelle, constitue un procès distinct, soit qu'elle reste séparée de la demande primitive, soit qu'elle y soit jointe par des motifs de connexité, ou qu'elle s'y rattache d'elle-même, comme incidente, suivant les règles de la procédure. Dans tous les cas, elle constitue un procès distinct, en ce sens qu'elle a sa cause et son objet particuliers.

Son but naturel est de faire reconnaître contre le demandeur la légitimité des prétentions que le défendeur élève contre lui. Et, comme elle est un moyen de se défendre contre l'action originaire, d'en neutraliser ou modifier l'effet (2), le jugement qui les consacre peut, suivant leur nature et leurs rapports avec la demande primitive, amener entre les parties une compensation dont les éléments n'étaient pas encore réunis. Nous ne nous occuperons ici que de cette espèce de reconvention qui s'exerce à fins de compensation.

Réduite à ces simples termes, la reconvention est une demande formée incidemment, par laquelle le défendeur conclut à son tour à ce que le juge saisi de la demande primitive

(1) Pothier, *ibid.*
(2) Voy. Toullier, t. 7, n°s 346-360.

reconnaisse ou liquide une créance qu'il prétend avoir contre le demandeur, afin de pouvoir la compenser avec celle dont ce dernier réclame le payement contre lui.

Il ne faut pas confondre cette demande reconventionnelle avec l'exception que le défendeur tire de la compensation légale accomplie de plein droit. Lorsqu'il oppose à la demande formée contre lui que la compensation légale s'est opérée, il excipe de la compensation, comme il ferait d'un payement ou de tout autre moyen d'extinction des obligations. Il l'oppose comme simple défense, sans qu'il ait besoin de former aucune demande reconventionnelle; et si le demandeur conteste, le juge doit vérifier si, en effet, la compensation légale s'est accomplie de plein droit. La créance réclamée est alors éteinte totalement ou à due concurrence. Mais si le défendeur est créancier d'une somme plus forte, il peut, en même temps qu'il oppose la compensation légale, demander par voie de reconvention que le demandeur soit condamné à lui payer le surplus de sa créance, toute compensation opérée. Dans ce cas, la reconvention ne s'exerce point à fins de compensation, mais à fins de condamnation seulement.

Ce n'est pas non plus une demande reconventionnelle proprement dite, lorsque le défendeur déclare, dans le cours de l'instance, renoncer au bénéfice de l'exception suivant laquelle la loi avait, en sa faveur, rejeté la compensation légale. Il ne forme, en effet, aucune demande et ne fait que renoncer à son droit. Mais comme, jusqu'à cette renonciation, la réclamation du demandeur était fondée, il doit payer les frais faits jusque-là. Telle est la position du défendeur qui, assigné en payement, déclare vouloir cempenser la dette avec ce que le demandeur lui doit à titre de dépôt.

20. Mais voici le cas d'une véritable demande reconventionnelle : Je suis assigné en payement d'une dette liquide ou non liquide; en réponse à cette demande, je prétends reconventionnellement que le demandeur est lui-même mon débiteur

d'une créance non encore liquide, et je demande au juge saisi de la demande originaire de la reconnaître et de la liquider en même temps que l'autre, afin qu'elles puissent toutes deux venir ensuite en compensation.

La question n'est pas de savoir si je puis former cette demande; j'en ai incontestablement le droit. Il ne s'agit pas non plus de savoir si la compensation légale pourra s'opérer, aussitôt que de part et d'autre les conditions auxquelles elle est subordonnée seront accomplies. Il s'agit d'apprécier les effets de cette reconvention lorsqu'elle est formée, et ses conséquences quand elle est accueillie, soit en première instance, ou pour la première fois en appel (464, C. pr.).

Cette demande, comme le disait la coutume de Paris, article 106, sert de défense contre l'action premièrement intentée, et le défendeur, par le moyen de ses défenses, se constitue demandeur. Il n'y a qu'une créance d'ailleurs exigible, mais non liquide, qui puisse servir de fondement à une semblable action. Si, en effet, la créance reconventionnellement demandée n'était pas exigible, comme ce qui est dû à terme ne peut être exigé avant l'échéance (1186), la demande reconventionnelle devrait être rejetée, et le juge serait tenu de statuer sur la demande primitive, sauf à l'autre partie à agir après l'échéance. Seulement un terme de grâce pourrait lui être accordé, suivant les circonstances, de manière à le faire coïncider avec l'échéance de sa propre créance, et à ménager ainsi les éléments d'une compensation légale.

La demande reconventionnelle autorise le juge, bien que la créance du demandeur soit déjà liquide, à surseoir à statuer sur sa demande, jusqu'à ce qu'elle soit elle-même en état de recevoir solution, pourvu, toutefois, que la créance reconventionnellement réclamée par le défendeur apparaisse comme certaine, et qu'elle puisse être facilement liquidée. Les deux demandes sont alors instruites et jugées simultanément. Ainsi, le juge peut non-seulement accorder au défendeur, sous forme de terme de grâce, un délai pendant lequel il

pourra faire reconnaître et liquider la créance qu'il réclame; il peut encore, et c'est le principal effet de la reconvention, surseoir à prononcer condamnation au profit du demandeur dont la créance est cependant certaine, liquide et incontestée, jusqu'à ce que la demande reconventionnelle soit instruite, de manière à statuer sur le tout par un seul et même jugement (1). Il serait injuste, en effet, ainsi que le déclare la loi romaine (2), de forcer le débiteur à payer ce qu'il est constant qu'il doit, avant qu'il ait été prononcé sur sa demande reconventionnelle, *quàm petitioni mutuæ responsum fuerit.*

21. Mais il importe de prévenir l'abus, en empêchant que de semblables demandes ne deviennent les armes de la chicane et de la mauvaise foi. S'il suffisait de les intenter pour avoir droit à un sursis, rien ne serait plus facile que de retarder le payement d'une créance légitime par des prétentions dénuées de toute espèce de fondement. Les demandes reconventionnelles, dégénérées en exceptions purement moratoires, ne tarderaient pas à devenir un véritable scandale pour la justice. Si le juge est autorisé à s'en prévaloir pour surseoir à statuer sur la demande primitive, ce ne peut donc être que sous certaines conditions propres à justifier l'équité et la nécessité d'une semblable mesure.

Ainsi, la créance sur laquelle la demande reconventionnelle se fonde doit avoir de sérieuses apparences de certitude. Si elle n'apparaissait pas comme certaine et fondée, le tribunal devrait n'en tenir aucun compte, et renvoyer le débiteur qui l'oppose, à se pourvoir, ainsi que de droit, devant son juge naturel, en le condamnant à payer au demandeur le montant

(1) MALEVILLE, art. 1291. — LOCRÉ, t. 12, p. 184. — TOULLIER, t. 7, nº 411. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 408, nte 10, 1re édit., et t. 4, p. 227, 4e édit. — MERLIN, Rép., vº *Compensation*, § 2, nº 1. — Cass., 19 juill. 1832. SIREY, 33, 1, 18. — 29 nov. 1832. SIREY, 33, 1, 76. — 4 août 1851. SIREY, 51, 1, 809.

(2) L. 6, C. *De comp.*

de la créance réclamée, sauf à lui accorder, suivant les circonstances, un délai de grâce.

Il faut enfin que la créance qui fait l'objet de la demande reconventionnelle soit susceptible d'une liquidation prompte et facile. Autrement, la reconvention, qui n'a été admise que dans le but d'abréger les procès et de résumer les contestations, en même temps qu'elle en réduit le nombre, tournerait contre la fin que s'est proposée le législateur. Les créances les plus justes et les plus incontestables ne pourraient recevoir payement; les procès surchargés de difficultés et de longueurs deviendraient sans terme; des involutions de procédure organisées par la mauvaise foi et compliquées à dessein par la chicane, fermeraient toute issue aux débats judiciaires. Voilà les dangers et les abus que les juges doivent prévenir et empêcher, en n'accueillant comme cause de sursis que les demandes reconventionnelles qui peuvent être promptement et facilement établies et liquidées.

Dans le cas contraire, si elles présentent des complications pleines de difficultés et de lenteurs, ils doivent délaisser purement et simplement le demandeur reconventionnel à se pourvoir, ainsi que de droit, ou se borner à disjoindre les deux causes, en prononçant immédiatement sur la demande originaire, et en renvoyant le jugement de l'autre après plus ample et nécessaire information (1).

Nous n'avons rien de mieux à faire que de reproduire ici les conseils que donne Justinien (2) : « Nous voulons, dit-il, que la compensation ne soit admise que lorsque la créance qu'on oppose en compensation est elle-même liquide, ou susceptible d'une liquidation facile et exempte de complications et de longueurs. Ce serait un véritable malheur, qu'au bout de longues contestations, quand la créance est justifiée, un

(1) Toullier, t. 7, nos 412 et suiv. — Agen, 24 juillet 1865. Sirey, 66, 2, 113. — Cass., 22 juillet 1872. Sirey, 74, 1, 32.

(2) L. 14, § 1, C. *De comp.*

adversaire dont la condamnation est, pour ainsi dire, acquise, vînt opposer une prétendue compensation à une dette certaine et indubitable, et se soustraire par des ambages moratoires à l'imminence d'une condamnation. C'est un devoir pour les juges de ne pas être trop enclins à admettre, dans ce cas, la compensation, et de ne pas accueillir des prétentions semblables par excès de faiblesse. Qu'ils s'en tiennent, au contraire, à la rigueur du droit; et s'ils trouvent que la demande à fins de compensation exige une plus ample et plus considérable instruction, qu'ils la réservent pour y statuer par un autre jugement, et prononcent définitivement sur l'action originaire prête à recevoir solution. »

22. On peut se demander maintenant ce qu'on doit entendre par créance susceptible d'une liquidation prompte et facile. A cette question il n'y a pas de réponse absolue. Les juges doivent se décider suivant les circonstances particulières de chaque espèce. Nous pouvons tout au plus leur indiquer quelques principes généraux, pour leur servir de règle de conduite dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire d'appréciation. Si la demande reconventionnelle constitue une de ces demandes que la loi appelle sommaires (404, C. pr.), en général, on peut dire que la liquidation de la créance doit alors être prompte et facile. Cependant, dans ce cas même, la demande peut se compliquer de questions et d'incidents qui en rendent l'expédition longue et malaisée.

Si la demande reconventionnelle est une cause ordinaire, ainsi nommée par opposition aux causes sommaires, on peut dire, en général, que la créance n'est pas susceptible d'être promptement et facilement liquidée. Néanmoins, il y a telle cause de cette nature dont l'expédition ne présente ni difficultés, ni lenteurs.

Si la demande primitive était de sa nature sommaire, et qu'au contraire la demande reconventionnelle fût ordinaire, faut-il, dans ce cas, les disjoindre et les juger séparément?

M. Toullier (1) pense que c'est un devoir pour le juge, et il cite l'opinion conforme d'anciens docteurs. Nous admettons volontiers le principe, mais seulement comme règle générale qu'il convient de tempérer par certaines exceptions. Telle cause, ordinaire suivant les règles du Code de procédure, présente, en effet, moins de complications et de difficultés qu'une affaire sommaire. Ce n'est donc pas aux dénominations de chaque cause que le juge doit s'arrêter; il ne doit se décider que d'après les circonstances de fait.

Alors même que la demande reconventionnelle nécessiterait une enquête, une expertise, une vérification d'écriture ou de signature, ce ne serait pas toujours une raison décisive pour que le juge fût obligé de disjoindre, et de statuer avant tout sur la demande originaire. Ces incidents de procédure peuvent, en effet, se présenter dans des circonstances telles que l'expédition de la cause, pour en être retardée, n'en soit pas plus difficile. Comme les règles de la reconvention sont surtout fondées sur les principes d'équité, il convient alors de se prononcer d'après toutes les considérations qui permettent de concilier ces principes avec la rigueur du droit. Ainsi, ce que l'expédition d'une cause peut perdre du côté de la promptitude, elle peut le gagner du côté de la facilité; et ce qu'elle peut perdre sous ce double rapport, elle peut le gagner du côté de la certitude de la créance et du droit apparent sur lequel la demande est fondée.

Ajoutons que les juges peuvent également prendre en considération les dangers d'insolvabilité du demandeur originaire, qui exposent le défendeur à perdre la créance que reconventionnellement il oppose en compensation.

23. Le demandeur contre lequel une demande reconventionnelle a été formée, peut-il lui-même à son tour agir reconventionnellement? Il ne le peut; car c'est une règle admise

(1) T. 7, nº 404.

en cette matière que reconvention sur reconvention ne vaut : et cette maxime est fondée sur les nécessités d'une bonne administration de la justice. Le demandeur originaire ne peut intenter d'autre demande reconventionnelle, que celle qui tirerait son fondement du titre même qui sert de base à celle dirigée contre lui (1).

Mais alors ce n'est pas une demande reconventionnelle proprement dite, mais plutôt une simple défense à l'action formée contre lui par le défendeur originaire.

Il est un cas cependant où nous sommes disposé à admettre une demande reconventionnelle de la part du demandeur; c'est lorsque celle formée par le défendeur tend à le constituer débiteur. Pourquoi, dès lors, n'aurait-il pas le droit de proposer reconvention sur reconvention? Les mêmes raisons d'équité qui font accueillir la première, doivent faire également admettre la seconde; et, si l'on objecte que par ce moyen on peut compliquer à l'infini les contestations, nous répondrons que les juges ont toujours le droit d'empêcher et de prévenir, par une disjonction, les abus qui nuiraient à la bonne administration de la justice.

Du reste, il ne faut point confondre avec une demande reconventionnelle, l'extension que le demandeur donne à son action originaire, suivant les réserves qu'il aurait faites de l'amplifier et augmenter.

24. Il est de l'essence des demandes reconventionnelles d'être formées devant le même juge qui est saisi de la demande primitive. Si elles étaient portées séparément devant une juridiction différente, elles ne seraient plus des demandes reconventionnelles, mais des demandes distinctes et divisées, dont le résultat pourrait bien être de réunir les éléments d'une compensation légale, mais qui, des divers effets de la reconvention, ne produirait que celui-là. Ainsi, chaque partie, aussi-

(1) TOULLIER, t. 7, n° 415.

tôt qu'un jugement serait rendu en sa faveur, pourrait agir contre l'autre, nonobstant l'instance ailleurs pendante. Il n'y aurait lieu à aucun sursis aux poursuites, à moins que les juges, en statuant sur l'une des actions, n'eussent accordé un délai de grâce à la partie condamnée, en considération des résultats éventuels de l'action qu'elle aurait formée elle-même devant une autre juridiction.

25. Quoi qu'il en soit, la règle que le juge de l'action est juge de la reconvention, n'est vraie que lorsque les deux demandes rentrent également dans sa compétence. S'il était incompétent, à raison de la matière, pour connaître de la demande reconventionnelle, il devrait d'office, ou sur la demande de la partie intéressée, s'en dessaisir et la renvoyer devant la juridiction compétente, en gardant la connaissance de la demande originaire.

Lorsqu'une demande reconventionnelle ou en compensation aura été formée dans les limites de la compétence des tribunaux civils de première instance en dernier ressort, il sera statué sur le tout sans qu'il y ait lieu à appel. Si l'une des demandes s'élève au-dessus des limites indiquées par la loi, le tribunal ne prononcera sur toutes les demandes qu'en premier ressort (1).

Les tribunaux de commerce jugent de même en dernier ressort les demandes reconventionnelles ou en compensation, lors même que, réunies à la demande principale, elles excèderaient quinze cents francs. Si l'une des demandes, principale ou reconventionnelle, s'élève au-dessus des limites indiquées par la loi, le tribunal ne prononcera sur toutes qu'en premier ressort (2) (639, C. comm.).

Quant aux juges de paix, ils connaissent de toutes les demandes reconventionnelles ou en compensation qui, par leur

(1) Loi du 11 avril 1838, art. 2.
(2) Loi du 3 mars 1840.

nature ou leur valeur, sont dans les limites de leur compétence, alors même que ces demandes, étant purement personnelles et mobilières, réunies à la demande principale, s'élèveraient au-dessus de deux cents francs (1).

Lorsque chacune des demandes principale, reconventionnelle ou en compensation sera dans les limites de la compétence du juge de paix en dernier ressort, il prononcera sans qu'il y ait lieu à appel. Si l'une de ces demandes n'est susceptible d'être jugée qu'à charge d'appel, le juge de paix ne prononcera sur toutes qu'en dernier ressort. Si la demande reconventionnelle ou en compensation excède les limites de sa compétence, il pourra, soit retenir le jugement de la demande principale, soit renvoyer sur le tout les parties à se pourvoir devant le tribunal de première instance, sans préliminaire de conciliation (2).

26. Lorsqu'il est prononcé par un seul et même jugement sur l'action et la reconvention, il s'opère une compensation de droit jusqu'à concurrence des quotités respectivement dues. Mais cette compensation n'en est pas moins facultative dans son principe, puisque les éléments n'en ont été réunis que par le fait et la volonté du défendeur originaire, qui était maître d'intenter ou non sa demande reconventionnelle.

Du reste, les effets de cette compensation remontent au jour même de la demande, les jugements étant simplement déclaratifs des droits des parties. Il est même indifférent que les juges aient prononcé séparément, par voie de disjonction, sur l'une et l'autre demande; les effets de la compensation n'en datent pas moins du jour où l'exception a été proposée (3).

Article 1294.

La caution peut opposer la compensation de ce que le

(1) Loi du 25 mai 1838, art. 7.
(2) Loi du 25 mai 1838, art. 8.
(3) Maleville, art. 1291.

créancier doit au débiteur principal; mais le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution. — Le débiteur solidaire ne peut pareillement opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur.

Sommaire.

1. Dispositions de l'article 1294.
2. La caution peut compenser ce qui lui est dû avec ce qu'elle doit au créancier pousuivant : comment.
3. Le débiteur peut se prévaloir de cette compensation une fois opposée.
4. Le créancier peut aussi compenser ce qui lui est dû avec ce qu'il doit à la caution.
5. Le débiteur solidaire ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur, si ce n'est pour la part de ce dernier dans la dette.
6. Il peut opposer la compensation de ce que lui doit personnellement le créancier.
7. Il peut, étant créancier du poursuivant, intervenir dans les poursuites dirigées contre les autres codébiteurs. Poursuites simultanées contre plusieurs. Compensation contributoire de leur chef.
8. Assimilation des obligations indivisibles aux obligations solidaires.
9. Compensation entre l'un des créanciers solidaires et le débiteur. Renvoi.
10. Des effets de la délégation, quant à la compensation.

COMMENTAIRE.

1. Nous avons vu que pour qu'il y ait lieu à compensation légale, il faut que les personnes entre lesquelles elle s'opère soient personnellement et principalement débitrices l'une de l'autre. L'article 1294 contient une double application de ce principe. Ainsi, d'une part, la caution dont l'obligation est subordonnée, peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal (1). Mais d'autre part, le débi-

(1) L. 4, *ff. De comp.*

teur principal ne peut, sans un transport qui le saisisse de la créance, opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution. C'est-à-dire qu'il s'opère compensation de droit entre la dette et la créance du débiteur principal envers le créancier, tandis qu'il n'y a point de compensation légale entre la créance personnelle de la caution simple ou solidaire envers le créancier, et la dette dont elle est tenue envers lui par suite de son cautionnement. Aussi, le débiteur principal ne peut-il l'opposer.

Mais la caution peut encore opposer au créancier, par voie d'exception et de reconvention, ce qu'il doit au débiteur principal, comme pourrait le faire ce dernier lui-même dont elle exerce les droits (1).

2. Ce n'est point à dire, cependant, que la caution poursuivie par le créancier ne puisse lui opposer en compensation la créance qu'elle a personnellement contre lui. Car cette compensation vaut comme payement. Mais elle ne s'est pas opérée de plein droit, et ses effets ne remontent qu'au jour où elle a été opposée par voie d'exception (2).

Si la caution, pouvant opposer la compensation de droit de ce que le créancier doit au débiteur principal, compensait expressément ce qu'elle doit, à ce titre de caution, avec ce qui lui est dû personnellement par le créancier, elle renoncerait par là au bénéfice de la compensation légale; et cette renonciation ne pourrait nuire aux tiers. Ainsi, elle n'aurait aucun recours à exercer contre le débiteur, suivant l'article 2031, § 2, sauf son action en répétition contre le créancier, à moins qu'elle n'établît qu'elle avait une juste cause d'ignorer la compensation (1299).

De même, un cofidéjusseur, bien qu'il ne puisse invoquer la compensation légale de ce qu'il doit, à ce titre, au créancier,

(1) DURANTON, t. 12, n° 422.

(2) ZACHARIÆ, t. 2, p. 411, n^te 21, 1re édit., et t. 4, p. 239, n^te 23, 4° édit. — DURANTON, t. 12, n° 425.

avec ce que ce dernier lui doit personnellement, peut néanmoins, sur les poursuites dirigées contre lui, opposer la compensation de sa créance avec sa dette (1).

Ce droit de compensation facultative s'exerce même en faveur des cautions, de telle façon qu'elle tient lieu d'un payement effectif et réel. Elle doit donc en produire tous les effets; et de là nous concluons que, si leur créance personnelle est inférieure au montant de la dette qu'elles ont cautionnée, elles ne laissent pas d'être en droit d'opposer la compensation, à la charge seulement par elles d'offrir un supplément de deniers pour parfaire un payement intégral.

3. Du moment que la caution a proposé cette compensation, le débiteur principal peut lui-même s'en prévaloir, comme il pourrait opposer toute autre cause d'extinction de la dette. Et, si elle a été proposée par l'un des cofidéjusseurs, les autres peuvent également en exciper comme d'une cause de libération (2). Il ne faut point, en effet, faire de confusion entre le droit à la compensation légale qui n'existe que sous certaines conditions déterminées, et le droit d'opposer une compensation, du moment qu'elle s'est réalisée et a produit l'extinction de la dette.

4. Ce que nous disons du droit de la caution poursuivie en payement, d'opposer la compensation de la créance qu'elle a contre le créancier, avec la dette qu'elle a cautionnée envers lui, il convient de l'appliquer à ce dernier, dans le cas où il est, au contraire, poursuivi par la caution. Il peut lui-même opposer à cette dernière la compensation de ce qu'il lui doit personnellement avec ce qu'elle lui doit à titre de caution, sous la réserve néanmoins des bénéfices de division et de discussion qu'elle peut avoir à proposer en cette qualité.

Nous remarquons encore que, dans ce cas, le créancier, en

(1) Duranton, t. 12, n° 427.
(2) Duranton, t. 12, n° 427. — Zachariæ, *ibid.*

opposant la compensation, n'a plus qu'à offrir, un supplément de deniers, si la créance est inférieure à sa dette.

5. L'article 1294 ajoute que le débiteur solidaire ne peut pareillement opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur. Tel est le véritable sens de cette disposition : Le codébiteur solidaire poursuivi en payement ne peut prétendre que la compensation légale s'est opérée entre le créancier et son codébiteur. Pourquoi? Voyons la raison qu'en donne Pothier (1), qui explique la décision de Papinien (2) : Deux débiteurs étant coobligés solidaires, mais non associés (suivant les principes du droit romain, il y avait exception dans le cas de société), l'un d'eux ne pourra se prévaloir de ce que le créancier est débiteur de l'autre ; *si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri quod stipulator alteri reo pecuniam debet.* Telle est donc l'explication que donne Pothier : Un débiteur solidaire étant tenu de la totalité de la dette envers le créancier, lorsqu'il paye le total, il ne fait que payer ce qu'il doit lui-même, et, à l'égard du créancier, il n'est nullement censé acquitter les parts de ses codébiteurs. Il ne peut, en conséquence, opposer en compensation que ce qui lui est dû personnellement, et non ce qui est dû à ses codébiteurs. A l'égard du créancier qui le poursuit, il est ainsi assimilé à un débiteur principal, lequel étant tenu personnellement d'acquitter sa dette, ne peut opposer ce que le créancier doit aux autres coobligés qui sont réputés être ses cautions. Et cette assimilation est exprimée par le mot pareillement, qui rattache l'une à l'autre les dispositions finales de l'article 1294.

Mais il ne s'ensuit point que le codébiteur solidaire ne puisse pas opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur, jusqu'à concurrence au moins de la part dont ce dernier est effectivement tenu dans la dette soli-

(1) *Oblig.*, n° 274.
(2) L. 10, *ff. De duob. reis.*

daire. Autrement, il y aurait un circuit d'actions qui réfléchirait sur le créancier lui-même. En effet, s'il se faisait payer la totalité de la dette par le codébiteur poursuivi, ce dernier ayant à exercer un recours contre son consort, ferait immédiatement valoir, à ce titre, la créance de celui-ci contre le créancier (1). C'est donc moins une compensation véritable, que ce que nous avons appelé une compensation d'actions. Comme telle, elle est la première opposable.

Il suit de là que si le codébiteur qui a une créance contre le créancier, n'est au fond que caution solidaire de la dette, le codébiteur poursuivi n'ayant à exercer aucun recours, ne peut opposer la créance en compensation pour aucune part, tandis qu'il peut l'opposer pour le tout, s'il n'est en réalité que caution, son coobligé étant tenu de la totalité de la dette.

6. S'il est vrai que le codébiteur solidaire poursuivi en payement soit assimilé à un débiteur principal à l'égard du créancier, et que les autres soient alors réputés simples cautions, de telle sorte qu'il ne puisse opposer la compensation de ce que le créancier leur doit, ce point de vue, qui nous semble être le seul vrai, va mettre sous nos yeux une nouvelle conséquence du principe.

Le débiteur solidaire poursuivi pourra donc, comme débiteur principal, opposer la compensation de ce que lui doit le créancier poursuivant. Et ce ne sera pas une simple compensation facultative, ce sera une véritable compensation légale opérant de plein droit, car les parties auront été débitrices et créancières, personnellement et principalement, l'une de l'autre.

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 274. — Domat, *Lois civiles*, p. 1, liv. 3, tit. 3, sect. 1, n° 8. — Toullier, t. 7, n° 377. — Duranton, t. 12, n°s 429, 430. — Marcadé, art. 1294, n° 3. — Rodière, n° 81. — Zachariæ, t. 4, p. 25, n^te^ 19, 4e édit. — *Contrà*, Zachariæ, t. 2, p. 268, n^te^ 29, 1re édit. — Duvergier, sur Toullier, t. 7, n° 377, n^te^ A. — Cass., de Belgique, 13 juin 1872. Sirey, 74, 2, 297.

Les autres codébiteurs pourront eux-mêmes ensuite se prévaloir de la compensation accomplie de plein droit, que leur consort aura fait reconnaître envers le créancier; car ils ne font qu'opposer aux poursuites du créancier l'extinction déclarée de la dette pour le tout ou pour partie.

Mais le codébiteur peut ne pas proposer la compensation de son chef; et alors les autres obligés, soit qu'ils soient poursuivis en même temps que lui, ou plus tard par action distincte, ne sont jamais autorisés à s'en prévaloir, suivant l'article 1294. Ils ne cessent pas, en effet, d'être des obligés principaux, respectivement considérés comme tels à l'égard de leur créancier, et ils ne sauraient conséquemment être admis, soit à exiger de leur consort qu'il compense sur lui-même, soit à lui reprocher de ne pas avoir proposé la compensation ou même d'y avoir renoncé. Car il ne peut être tenu relativement à eux de payer une dette qui est également réputée la leur.

7. Le débiteur solidaire qui est, d'autre part, créancier de son créancier, peut enfin intervenir sur les poursuites intentées contre les autres codébiteurs, et opposer la compensation de ce que lui doit le poursuivant. Cette compensation est alors véritablement légale, comme celle qui s'accomplit de droit entre le créancier et le débiteur principal; de telle sorte que la dette et la créance s'éteignent jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives.

Si le créancier était poursuivi par le codébiteur solidaire dont il est personnellement débiteur, il pourrait de même opposer la compensation; et elle produirait de droit les mêmes effets.

Toutes ces conséquences nous semblent résulter des principes combinés de la solidarité et du cautionnement; de la solidarité, qui fait de chaque codébiteur solidaire, par rapport au créancier, un débiteur principal; du cautionnement, qui attribue à la personne obligée un rôle secondaire et subor-

donné qui ne permet pas à ses consorts d'opposer de son chef la compensation.

Si plusieurs coobligés solidaires étaient simultanément poursuivis en payement, et qu'ils fussent également en mesure d'opposer de leur chef une compensation, cette compensation devrait se faire contributoirement et par portions égales entre tous, à concurrence de la moindre créance, sauf à parfaire, en poursuivant la compensation sur les autres créances, jusqu'à extinction complète de la dette, s'il y a lieu. Le recours des codébiteurs entre eux se règlerait alors sur la contribution de chacun d'eux, par voie de compensation, dans l'acquittement total ou partiel de la dette. Si les codébiteurs avaient un intérêt inégal dans l'obligation, la compensation atteindrait, comme précédemment, leurs créances respectives, mais proportionnellement à la part réelle dont chacun d'eux est tenu. Comme telle est la mesure de leur contribution dans le payement, telle aussi doit être la règle de la compensation qui en tient lieu.

8. Aux obligations solidaires il faut assimiler les obligations indivisibles, sous le rapport de la compensation. Tel est le cas où l'un des cohéritiers ou coobligés a été chargé seul de l'exécution de l'obligation.

9. Quant à la compensation qui s'opère entre l'un des créanciers solidaires et le débiteur, nous renvoyons à nos explications précédentes (1).

10. Il nous reste à dire un mot de la délégation, en ce qui concerne la compensation légale.

Lorsque le délégataire en acceptant le débiteur délégué qui s'oblige envers lui a déclaré décharger le délégant, il y a, ainsi que nous l'avons vu sous l'article 1275, une véritable novation. Dès lors la compensation ne peut plus s'opérer de droit qu'entre le délégataire et le délégué.

(1) Art. 1198, nº 8.

Mais la simple indication, sans novation, faite par le débiteur d'une personne qui doit payer à sa place, de même que la simple indication, sans transport, faite par le créancier d'une personne qui doit recevoir pour lui, ne change point les conditions de la compensation légale, en ce sens qu'elle continue de s'opérer entre le débiteur et le créancier qui ont indiqué le tiers chargé de payer ou de recevoir.

Cependant, lorsque le débiteur a donné au créancier qui l'accepte, un autre débiteur qui s'oblige envers lui, sans que le délégant soit déchargé, dans ce cas la compensation ne s'opère de droit qu'entre le délégataire et le délégué. Ce dernier devient, par l'effet de la délégation acceptée, débiteur principal au lieu et place du délégant, qui, devant répondre de son insolvabilité, n'est désormais réputé que sa caution. Le délégant pourra donc, à ce titre, opposer la compensation de ce que le créancier délégataire doit au débiteur délégué ; mais ce dernier ne pourra opposer la compensation de ce que le délégataire doit au délégant. Nous appliquons, en un mot, dans ce cas, le premier paragraphe de l'article 1294.

Article 1295.

Le débiteur qui a accepté purement et simplement la cession qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers, ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant. — A l'égard de la cession qui n'a point été acceptée par le débiteur, mais qui lui a été signifiée, elle n'empêche que la compensation des créances postérieures à cette notification.

Sommaire.

1. Les parties peuvent renoncer à la compensation accomplie.
2. Cette renonciation en général ne se présume pas.
3. Celui qui a renoncé conserve son action, sauf les droits des tiers. Il peut même avoir l'action en répétition de l'indû.

4. La renonciation maintient les parties dans leur situation respective. Interruption de la prescription.
5. L'article 1295 contient un exemple de renonciation tacite.
6. Le débiteur qui a accepté la cession ne peut se faire relever pour cause d'erreur.
7. Il peut opposer la compensation, s'il a fait des réserves.
8. Il ne peut se réserver que les droits résultant de la compensation accomplie.
9. La simple signification de la cession n'empêche pas le débiteur d'opposer la compensation ; elle n'empêche que la compensation à venir.
10. La cession rend une autre compensation possible entre le cédé et le cessionnaire.
11. Il suffit que la dette ne soit devenue compensable qu'après la cession, à moins de stipulation formelle antérieure.
12. Du cas où plusieurs cessions successives ont eu lieu.
13. Effets de la subrogation légale ou conventionnelle.
14. Comment la compensation peut être opposée en matière d'effets de commerce.

COMMENTAIRE.

1. Les parties entre lesquelles la compensation légale s'est opérée de plein droit, peuvent renoncer à s'en prévaloir tacitement ou expressément, mais seulement de leur consentement mutuel, la loi de la compensation étant égale et réciproque. Elles peuvent y renoncer après coup, comme elles ont le droit d'y renoncer par avance, en vue d'en prévenir les résultats (1).

Nous verrons, sous l'article 1299, quels sont les effets de cette renonciation par rapport aux tiers.

Il y a renonciation tacite au bénéfice de la compensation légalement accomplie, lorsqu'on fait un acte quelconque incompatible avec ses effets. Tel est le cas où le débiteur paye une dette compensée, ou délègue à son créancier qui l'accepte un autre débiteur qui s'oblige à payer ce dernier, soit qu'en même temps il soit déchargé ou non par le délégataire.

(1) Cass., 11 mai 1880. Sirey, 81, 1, 107.

Cette délégation peut même renfermer une double renonciation à la compensation accomplie, d'une part, entre le délégant et le délégataire, d'autre part, entre le délégant et le délégué.

Mais il ne suffirait pas que le débiteur eût donné une hypothèque, un gage, un cautionnement. Les conditions de la compensation légale subsistant toujours, les deux dettes s'éteindraient encore de droit jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives, nonobstant les nouvelles garanties données et acceptées. Pour qu'il y eût renonciation tacite à la compensation accomplie, il faudrait que les parties eussent modifié, par leurs stipulations nouvelles, les conditions au concours desquelles la compensation légale est subordonnée. Alors il y aurait renonciation à la compensation pour le passé, mais avec réserve et sans préjudice pour l'avenir. Ainsi, la seule prorogation du terme pour l'une des dettes, en empêchant l'exigibilité simultanée, emporte renonciation à la compensation accomplie. Mais, plus tard, elle peut être opposée, quand les éléments en sont de nouveau réunis.

2. La renonciation au bénéfice de la compensation légale, comme toute autre renonciation en général, ne se présume pas, et doit être limitée à l'objet spécial auquel elle s'applique.

Ainsi, le créancier, par cela seul qu'il demande payement, n'est point censé renoncer au droit d'opposer la compensation.

Le débiteur qui s'est laissé condamner en première instance peut encore s'en prévaloir en appel (464, C. pr.), et même, après l'arrêt rendu en appel, s'opposer à l'exécution de la condamnation prononcée contre lui (1), à moins que le juge n'ait décidé que la partie condamnée n'est point elle-même créancière, ou qu'il n'y ait, dans l'espèce, exception légale aux principes de la compensation (2).

(1) L. 2, C. *De Comp.* — DURANTON, t. 12, nº 459. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 417, 1re édit., et t. 4, p. 236, 4e édit. — MERLIN, Rép., vº *Compens.*, § 1, nº 5. — TOULLIER, t. 7, nº 388.

(2) DURANTON, t. 12, nº 460.

Mais si la partie qui a négligé d'opposer la compensation acquise, a volontairement payé le montant de la condamnation, il y a lieu à l'application de l'article 1299. Elle pourra seulement exercer sa créance contre le débiteur, mais sans se prévaloir des priviléges et hypothèques qui y étaient attachés, à moins qu'elle n'établisse qu'elle avait une juste cause d'ignorer la compensation.

Il n'y a point non plus renonciation à la compensation dans le fait de payer une dette particulière, ou un simple à-compte sur une dette unique. Celui qui a fait ce payement est toujours en droit d'opposer, plus tard, la compensation de ce qui lui est dû avec ce qu'il reste encore devoir. Il n'y a de renonciation tacite que jusqu'à concurrence seulement de ce qu'il a payé.

3. Celui qui a renoncé au bénéfice de la compensation conserve, mais sans préjudice des droits des tiers, le droit de poursuivre son débiteur en payement de sa créance, qui, autrement, serait éteinte par compensation. Cette action est même celle qui lui compète principalement et exclusivement, s'il a payé en connaissance de cause (1). Mais, outre cette action en payement, il a, à son choix et suivant son plus grand intérêt, s'il a payé par erreur, l'action en répétition de l'indû (2). Cette dernière action pourra lui être utile dans le cas où l'ancienne créance, par exemple, ne produisant point d'intérêts, le créancier a reçu de mauvaise foi, parce qu'alors il doit les intérêts (1378).

4. La renonciation à la compensation accomplie n'a d'autre effet, entre les parties, que de conserver à chacune d'elles sa situation respective de débitrice et de créancière, et de les autoriser à se poursuivre réciproquement en payement de leurs dettes. Elle fait ainsi revivre entre elles les créances compensées, comme s'il n'y avait pas de compensation.

(1) L. 13, C. *De comp.*
(2) L. 10, § 1, *De comp.*

Mais il ne s'ensuit pas que tous les effets de la compensation soient anéantis à leur égard. Ainsi, elle n'en aura pas moins interrompu la prescription du jour où, de plein droit, elle se sera opérée entre elles, et elle aura marqué, en conséquence, le point de départ d'une nouvelle prescription à chacune des dettes respectives, ou à celle-là seule qui subsiste. En renonçant à la compensation, elles ne sont point censées avoir également renoncé à l'interruption de prescription qu'elle avait produite.

5. L'article 1295 contient un exemple de renonciation tacite à la compensation. Le débiteur qui a accepté purement et simplement la cession qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers, ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant (1295). En acceptant purement et simplement la cession, le débiteur est, en effet, censé s'obliger personnellement envers le cessionnaire à payer les causes de la cession, indépendamment de toute compensation antérieurement opérée. Tel était notre ancien droit (1).

Il importe peu, à l'égard du débiteur cédé et du cessionnaire, que cette acceptation soit faite par acte authentique ou par acte sous signature privée, avec ou sans date certaine. Il suffit qu'elle ait eu lieu purement et simplement, c'est-à-dire sans réserves de la part du débiteur.

Mais une simple signification de la cession ne lui enlève point le droit d'opposer la compensation qui s'est accomplie auparavant, bien qu'elle s'oppose, ainsi que nous le verrons bientôt, à toute compensation ultérieure au préjudice du cessionnaire.

6. Le débiteur ne peut se faire relever de son acceptation pure et simple de la cession, sous le prétexte qu'il a eu une

(1) Chorier, sur Guy Pape, liv. 4, sect. 7, art 15. — Pothier, *Oblig.*, n° 596.

juste cause d'ignorer la compensation alors accomplie. Il a, en effet, contracté, par son acceptation, envers le cessionnaire, une obligation personnelle qu'il est tenu de remplir (1). Il ne pourrait se faire restituer que pour cause de dol et de violence. Mais lorsque, plus tard, il exercera sa créance contre le cédant, il pourra opposer aux tiers qu'il avait une juste cause d'ignorer la compensation, et faire valoir, par suite, à leur préjudice, ses priviléges, hypothèques et cautionnements (1299).

La disposition de l'article 1295 est spéciale à la compensation, et ne s'oppose pas à ce que le débiteur qui a accepté la cession purement et simplement, invoque pour sa décharge un vice radical dont l'obligation est infectée; par exemple, la violence ou le dol. Ces actions lui demeurent acquises contre le cessionnaire comme contre le cédant (2), à moins que son acceptation pure et simple de la cession ne soit jugée, d'après les circonstances, valoir comme confirmation et ratification de l'obligation.

7. Si le débiteur fait des réserves en acceptant la cession, il n'est pas alors censé avoir renoncé à la compensation accomplie avant son acceptation. Il pourra l'opposer au cessionnaire, comme il aurait pu, à ce moment-là, l'opposer au cédant lui-même.

La loi n'exige aucun terme sacramentel pour exprimer ces réserves. Qu'elles soient faites d'une manière générale ou spéciale, elles n'en ont pas moins pour effet de conserver au débiteur le droit d'opposer au cessionnaire, comme au cédant, la compensation accomplie.

Si, nonobstant ces réserves, et sans se prévaloir de la compensation opérée en sa faveur, le débiteur paye une partie de la dette au cessionnaire, il ne doit pas être censé avoir, par là, renoncé à la compensation, et il conserve le droit de la lui

(1) Duranton, t. 12, n° 436. — Zachariæ, t. 2, p. 419, 1re édit., et t. 4, p. 240, 4e édit. — Marcadé, art. 1299, n° 2.
(2) Cass., 2 août 1847. Sirey, 47, 1, 705.

opposer pour le surplus. Sa renonciation tacite, résultant du payement, se limite d'elle-même au montant de ce qu'il a volontairement payé (1).

8. Le débiteur, en acceptant la cession, ne peut que se réserver ses droits résultant de la compensation alors accomplie. Vainement il déclarerait se réserver le droit d'opposer la compensation qui doit s'opérer ultérieurement. Une semblable réserve demeure forcément sans effet, parce que la cession acceptée saisit le cessionnaire de la créance, et que, désormais, il ne peut s'opérer de compensation entre le cédant et le débiteur.

Tel est le cas où le débiteur cédé doit au cédant une dette divisée en plusieurs pactes, dont les uns sont échus, ou plusieurs dettes, dont quelques-unes sont exigibles. Une cession est faite des créances échues et non échues. Le débiteur accepte cette cession, avec réserve non-seulement de la compensation acquise, mais encore de la compensation à venir. Pour ce qui est de cette dernière compensation, une semblable réserve demeure sans effet à l'égard du cessionnaire. Aucune compensation ne pourra, postérieurement à l'acceptation qui le saisit de la créance, s'accomplir, à son préjudice, entre le débiteur et le cédant.

9. Quant à la simple signification de la cession, elle saisit bien le cessionnaire de la créance, de même que l'acceptation du débiteur; mais elle n'en produit pas les mêmes effets. A l'égard de la cession qui n'a point été acceptée par le débiteur, mais qui lui a été signifiée, elle n'empêche que la compensation des créances postérieures à cette notification (1295). Le débiteur conserve le droit d'opposer au cessionnaire la compensation qui était accomplie au moment où la cession lui a été signifiée (2).

(1) Cass., 24 déc. 1834. Sirey, 35, 1, 141.
(2) Pothier, *Oblig.*, n° 596.

10. La cession simplement notifiée, ou acceptée avec réserves, en même temps qu'elle s'oppose à toute compensation ultérieure au préjudice du cessionnaire, en ménage par contre, pour l'avenir, la possibilité entre ce dernier et le débiteur. Le cessionnaire est, en effet, saisi de la créance cédée, et, si le débiteur est d'ailleurs son créancier, il s'opère entre eux une compensation de droit, moyennant le concours des autres conditions requises pour la compensation (1). Mais il faut, avant tout, que le cessionnaire soit saisi de la créance par une notification régulière (2), à moins qu'il n'y ait eu concert frauduleux de la part de son adversaire (3), par exemple, d'un second cessionnaire qui aurait eu connaissance du premier transport.

11. Cependant, si le débiteur cédé, en s'engageant envers le cédant, avait expressément stipulé que son obligation serait, à l'échéance, compensée avec une créance qu'il a déjà contre lui, la cession faite avant que la compensation fût accomplie, mais postérieurement à cette stipulation, n'empêcherait pas le débiteur d'opposer la compensation dont le bénefice lui est acquis. Il pourra donc s'en prévaloir contre le cessionnaire, de même que contre le cédant, si ce dernier n'eût point cédé. Car il n'a pu transmettre que les droits qu'il avait (4).

Mais, hors le cas de cette stipulation formelle, la signification de la cession empêche toute compensation dont les élément n'auraient été réunis que plus tard. En vain le débiteur cédé prétendrait-il que le cédant n'a pu lui enlever le bénéfice de la compensation ; que, s'il l'eût poursuivi, il aurait pu opérer une compensation facultative, en renonçant, soit au terme, soit à toute autre exception introduite en sa faveur. Il n'a point, en effet, de droit acquis à la compensation, et il n'y avait

(1) Pothier, *ibid.*
(2) Troplong, *Vente*, n° 891.
(3) Troplong, *Vente*, n° 900.
(4) Duranton, t. 12, n° 438. — Toullier, t. 7, n° 392.

que l'exercice antérieur à la notification de la cession, d'une faculté dont il pouvait user ou ne pas user, qui fût capable de lui assurer un droit dont il n'aurait pu être ultérieurement privé.

Il est vrai, et l'on peut en tirer argument en faveur de l'opinion contraire, que l'article 1295 porte que la cession signifiée empêche la compensation des créances postérieures à cette notification ; d'où l'on semble autorisé à conclure qu'elle n'empêche pas la compensation des créances antérieures, sans distinction entre celles qui étaient ou n'étaient pas alors compensables de droit.

Mais cette interprétation est contraire à l'opinion de Pothier (1), d'où l'article 1295 est tiré. Il dit, en effet, d'une part, que les créances acquises par le cédé contre le cédant jusqu'au temps de la notification de la cession, ont, par la vertu de la compensation, éteint et diminué de plein droit jusqu'à due concurrence celle que le cédant avait contre lui, et dont il a fait transport. D'autre part, il ajoute que, si ce n'est que depuis la signification du transport que le cédé est devenu créancier du cédant, il n'y aura pas lieu à la compensation. On le voit, Pothier ne prévoit que deux cas en opposition l'un à l'autre; celui où la compensation s'est opérée de plein droit avant la notification de la cession, et celui où elle ne s'est opérée qu'après. Dans le premier cas, elle peut être opposée au cessionnaire; dans le second, elle ne le peut pas. L'article 1295 ne signifie pas autre chose; et quand il parle de créances postérieures à la notification de la cession, il entend par là seulement celles qui, abstraction faite de leurs dates, et quoique le principe en existât antérieurement, ne sont devenues compensables, c'est-à-dire liquides et exigibles, qu'après la cession notifiée. La date de leur existence se confond ici, au point de vue où elles sont considérées, avec l'époque à laquelle existent les conditions requises

(1) *Oblig.*, n° 596.

pour la compensation légale. C'est ce que démontre très bien M. Duranton (1).

Comment se fait-il donc que le même auteur (2) admette le débiteur cédé à opposer au cessionnaire la compensation de ce que le cédant lui devait avant la notification de la cession, pourvu que sa créance réunît à ce moment les conditions voulues pour la compensation? Ce caractère de la créance du cédé importe peu; car la loi de la compensation étant égale et réciproque, on ne peut dire qu'une créance est compensable de droit, quand la dette avec laquelle la compensation doit s'opérer ne l'est pas également.

Mais si, au lieu de s'appliquer à une créance déterminée, la cession ou délégation était faite, en termes vagues et généraux, de ce que le débiteur cédé peut devoir au créancier cédant, ou d'une somme quelconque à prendre sur cette dette indéterminée, le débiteur cédé pourrait opposer au cessionnaire, non pas en compensation légale, mais du moins en compte, toutes les créances qu'il avait lui-même à faire valoir contre le cédant au moment où la cession lui a été notifiée. C'est que, dans ce cas, bien différent de celui que nous venons d'examiner, la cession n'est en réalité faite que du résultat plus ou moins incertain d'un compte à faire entre les parties.

12. S'il y avait plusieurs cessions successives, le débiteur cédé pourrait opposer au dernier cessionnaire les compensations qui se seraient successivement accomplies entre lui et le cédant, ou les cessionnaires antérieurs, avant les significations des cessions respectives. Il pourrait en outre compenser la dette cédée avec ce que le dernier cessionnaire lui devrait personnellement.

13. Quant à la subrogation légale ou conventionnelle, elle produit des effets semblables à ceux de la cession, en ce sens

(1) T. 12, nº 438. — Cass., 3 déc. 1851. Sirey, 52, 1, 241.
(2) Nº 439.

que le débiteur peut opposer la compensation auparavant accomplie entre lui et le subrogeant; qu'elle empêche seulement la compensation entre eux pour les créances devenues plus tard compensables; enfin, qu'elle établit la première condition d'une compensation possible entre le débiteur et le subrogé. Mais il y a cette différence entre la subrogation et la cession proprement dite, que la première, pour saisir le subrogé, n'a pas besoin d'être notifiée au débiteur (1).

14. En ce qui concerne les effets de commerce, comme le souscripteur ne doit payer que sur présentation de sa signature, le porteur bénéficiaire définitif de l'effet est le seul qui soit passible de la compensation, et encore n'a-t-elle lieu que pour ce qu'il doit personnellement au souscripteur, sans que ce dernier puisse lui opposer la compensation de ce que les endosseurs précédents peuvent lui devoir.

Article 1296.

Lorsque les deux dettes ne sont pas payables au même lieu, on n'en peut opposer la compensation qu'en faisant raison des frais de la remise.

Sommaire.

1. La diversité des lieux de payement n'empêche point la compensation.
2. En quoi consistent les frais de remise?

COMMENTAIRE.

1. La diversité des lieux dans lesquels chaque dette doit être payée, ne fait pas obstacle à la compensation. Lorsque les deux dettes, dit l'article 1296, ne sont pas payables au même lieu, on n'en peut opposer la compensation qu'en faisant raison des frais de la remise (2).

(1) Voy. art. 1250, nº 40.

(2) L. 15, *ff. De comp.* — Domat, *Lois civiles*, p. 1, liv. 4, tit. 2, sect. 2, nº 8. — Pothier, *Contrat de change*, nº 187.

Des termes de la loi il ne faut point conclure, comme le fait M. Toullier (1), que la compensation ne produit alors son effet que du jour où elle est opposée, avec offre d'une somme pour frais de remise. Il ne s'agit point d'une compensation facultative, mais d'une véritable compensation légale. Ces mots, on n'en peut opposer la compensation, ne signifient point la nécessité de s'en prévaloir par voie d'exception. Ils veulent dire simplement que les parties peuvent invoquer la compensation accomplie, que la compensation a lieu. Ces expressions ne sont pas prises ici dans un autre sens que dans les articles précédents, où l'on ne peut contester, cependant, qu'il ne s'agisse d'une compensation de plein droit. Il y a donc lieu, dans ce cas, à une compensation de cette nature, sauf aux parties à se faire raison des frais de la remise (2).

2. Que doit-on entendre par ces frais de remise? Ils sont l'indemnité qui peut être due à l'une ou à l'autre des parties, à raison du dommage qu'elle éprouve, en ne recevant pas le payement au lieu où il devait être fait. Cette indemnité consistera, tantôt dans ce qu'il en eût coûté pour faire parvenir la chose au lieu où elle devait être payée; tantôt dans les frais de commission et de change qu'il eût fallu payer pour avoir les fonds au lieu où ils devaient être comptés.

Mais ces appréciations de change et de commission ne devront être rigoureusement faites que lorsqu'il s'agira d'un mouvement d'argent sur une place véritablement commerciale. Et, dans ce cas même, les frais de remise ne seront pas toujours nécessairement dus à la partie à laquelle on oppose la compensation. Ils pourront, au contraire, être dus par elle, si à raison de la différence du change d'une place sur l'autre, elle gagne à recevoir l'argent qui lui était dû dans un lieu autre que celui où il devait être payé. C'est cette différence du

(1) T. 7, n° 400.

(2) Duranton, t. 12, n° 386. — Zachariæ, t. 2, p. 411, 1re édit., et t. 4, p. 231, 4e édit.

change qui constitue l'indemnité dont elle doit faire raison (1).

S'il s'agissait de choses fongibles autres que de l'argent, par exemple, de grains, l'indemnité due pourrait de même consister dans la différence de valeur d'un lieu à un autre.

Article 1297.

Lorsqu'il y a plusieurs dettes compensables dues par la même personne, on suit, pour la compensation, les règles établies pour l'imputation par l'article 1256.

Sommaire.

1. La compensation a lieu suivant les règles de l'imputation légale.
2. Pourquoi l'article 1297 ne renvoie pas à l'imputation conventionnelle.

COMMENTAIRE.

1. La compensation tenant lieu de payement, il n'y a point de difficulté lorsque de part et d'autre il n'y a qu'une seule dette. Les deux dettes s'éteignent alors jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives. Mais lorsqu'il y a plusieurs dettes compensables dues par la même personne, on se demande comment la compensation s'accomplira dans ce cas. L'article 1297 répond à cette question. On suit alors pour la compensation les règles établies pour l'imputation par l'article 1256, c'est-à-dire que la compensation doit, comme le payement, être imputée sur la dette que le débiteur avait pour lors le plus d'intérêt d'acquitter, entre celles qui sont pareillement échues, les seules qui soient compensables; et si les dettes sont d'égale nature, l'imputation se fait sur la plus ancienne; toutes choses égales, elle se fait proportionnellement. Il nous suffit de renvoyer au commentaire de cet article.

(1) Duranton, *ibid.* — Zachariæ, t. 2, p. 412, 1re édit., et t. 4, p. 232, 4e édit.

Les mêmes règles d'imputation doivent être suivies à l'égard de chaque partie, si l'une et l'autre sont en même temps débitrices et créancières de plusieurs dettes également compensables. La loi, dont l'action se fait constamment sentir dans la compensation légale, fait alors d'office l'imputation réciproque, comme les parties sont censées avoir eu l'intention de la diriger elles-mêmes.

2. Remarquez que l'article 1297 ne renvoie qu'à l'article 1256, c'est-à-dire aux règles de l'imputation légale. C'est que la compensation s'opérant de plein droit, il ne pouvait être question ici de l'imputation facultative ou conventionnelle dont s'occupent les articles 1253 et 1254. Mais lorsqu'il s'agit de compensation facultative, la compensation peut être dirigée par celui qui l'oppose de la même manière qu'il pourrait diriger l'imputation, s'il faisait un payement réel.

Article 1298.

La compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers. Ainsi, celui qui, étant débiteur, est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains ne peut, au préjudice du saisissant, opposer la compensation.

Sommaire.

1. La compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis aux tiers.
2. Il suffit que la dette ne soit devenue compensable que depuis la saisie-arrêt, sauf convention antérieure de compensation.
3. Recours en indemnité de la caution.
4. Autres exemples où la compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis aux tiers.
5. Du cas où la femme, non séparée, est colloquée sur les biens de son mari.
6. La faillite empêche la compensation.
7. En quel sens la vacance où l'acceptation bénéficiaire d'une succession empêche la compensation.
8. Observation générale.

COMMENTAIRE.

1. La loi ne saurait faire, de son autorité propre, ce que les parties elles-mêmes ne pourraient valablement accomplir. La compensation n'a donc pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers (1298).

Et notre article cite un exemple de l'application de ce principe. Ainsi, ajoute-t-il, celui qui étant débiteur, est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut, au préjudice du saisissant, opposer la compensation. L'article 1242 en avait déjà dit autant du payement; le payement fait par le débiteur à son créancier, au préjudice d'une saisie-arrêt ou d'une opposition, n'est pas valable à l'égard des saisissants ou opposants.

2. Il semble résulter des termes de l'article 1298, que le débiteur peut opposer la compensation s'il était d'ailleurs créancier dès avant la saisie-arrêt. L'entendre ainsi, ce serait en faire la plus fausse interprétation. Ces mots, s'il est devenu créancier depuis la saisie-arrêt, signifient seulement, si sa créance n'est devenue compensable que depuis la saisie-arrêt, soit qu'elle fût antérieure ou postérieure. Nous avons, en effet, expliqué sous l'article 1295 (1) que, sous le rapport de la compensation, la loi ne considérait point l'époque à laquelle les créances avaient commencé à exister, mais seulement celle où les conditions voulues pour la compensation se trouvent concourir (2).

Cependant, si les parties avaient stipulé, antérieurement à l'opposition, que leurs dettes respectives seraient compensées, le débiteur pourrait se prévaloir de cette clause contre les saisissants, et opposer plus tard la compensation, nonobstant leur saisie-arrêt.

(1) N° 11.
(2) DURANTON, t. 12, n° 442.

3. Voici un autre cas où la saisie-arrêt n'empêche point la compensation : par exemple, à la suite d'une séparation de biens, une femme est constituée débitrice envers son mari; mais, en même temps, elle se réserve tous ses droits relativement au recours qu'elle a à exercer contre lui pour dettes contractées ensemble solidairement. D'ores et déjà elle a, suivant l'article 2032, une action en indemnité comme caution; cette action en indemnité la constitue donc créancière, de telle sorte que la compensation s'opère de droit, bien qu'elle n'ait point encore acquitté les dettes souscrites par elle solidairement. Elle pourra, en conséquence, opposer la compensation aux saisissants postérieurs (1).

4. On peut citer de très nombreux exemples où la compensation ne peut avoir lieu au préjudice des droits acquis à des tiers. Ainsi, une cession ou un gage notifié ou accepté empêche, à partir de sa notification ou de son acceptation, qu'elle ne s'opère au préjudice du cessionnaire ou créancier gagiste.

L'acquéreur ou adjudicataire d'un immeuble hypothéqué ne peut prétendre, à l'égard des créanciers hypothécaires, que le prix dont il était débiteur s'est compensé avec la créance qu'il avait contre le vendeur ou le saisi. Il doit payer les créanciers d'après le réglement d'ordre.

De même le locataire ou fermier ne peut, à partir de la transcription de la saisie qui frappe les immeubles dont il a la jouissance, compenser valablement les loyers avec ce qui lui est dû par le saisi, au préjudice des créanciers qui y ont des droits acquis, par suite de leur immobilisation, suivant les articles 682, et 685, Code de pr. (2).

5. Un mari vend ou est exproprié. Sa femme est colloquée pour le montant de ses reprises dotales. S'il n'y a séparation de biens, ou si la créance n'est paraphernale, la femme ni le

(1) Cass., 7 mars 1842. Sirey, 42, 1, 640.
(2) Cass., 27 janv. 1864. Sirey, 64, 1, 358.

mari ne peuvent poursuivre le payement du bordereau de collocation, fût-il délivré purement et simplement. On ne peut dire, en effet, que la femme soit créancière du mari; car tant que dure, quant aux biens, leurs rapports d'époux, il n'y a ni dette de la part du mari, ni créance de la part de la femme. L'époque de la restitution de la dot n'étant pas survenue, la dette n'existe pas, bien que son principe existe. La femme ne peut donc pas plus exiger payement de l'adjudicataire que de son mari, celui-là n'étant pas tenu de ce que ne doit point celui-ci.

Le mari lui-même ne peut demander payement, parce que, autrement, il serait en réalité colloqué sur lui-même, puisqu'il toucherait sur la vente de son propre bien le montant du bordereau délivré à sa femme. Aussi, l'article 2195 dit-il que si les inscriptions du chef des femmes sont les plus anciennes, l'acquéreur ne peut faire aucun payement du prix, au préjudice des dites inscriptions. Cette disposition, qui n'est que la conséquence de ce que nous venons de dire, a pour but d'empêcher que le mari débiteur ne reçoive lui-même et ne dissipe la dot. Autant vaudrait l'absence de toute garantie.

Il suit de là que le mari ne pourrait, pas plus que l'acquéreur, compenser ce qu'il doit avec le montant de la collocation du chef de sa femme, bien qu'il le puisse dans les cas ordinaires, comme ayant capacité de recevoir les sommes, soit dotales, soit tombées en communauté, soit soumises à son usufruit marital.

Nous en disons autant du cas où c'est un mineur, un interdit qui est colloqué sur les biens de son tuteur.

Et c'est précisément pour prévenir toute dissipation au préjudice des femmes ou des mineurs et interdits, que l'acquéreur ou adjudicataire ne peut valablement se libérer tant que la femme n'a pas qualité pour recevoir, ou tant que durent la tutelle et l'interdiction. Il doit garder le prix entre ses mains, si les clauses de l'acte d'acquisition le lui imposent; sinon, il peut en rester nanti ou le consigner. Car la loi ne veut éviter qu'une

chose, un payement ou une compensation légale ou facultative, préjudiciable aux droits des femmes, des mineurs, des interdits. Il pourra même être ordonné que le prix sera versé entre les mains des créanciers postérieurs, à la charge par eux de fournir caution pour la restitution, le cas échéant (1).

6. La faillite fait également obstacle à la compensation. On ne peut l'opposer lorsqu'elle ne s'est accomplie qu'après la déclaration de la faillite, parce qu'elle préjudicierait aux droits acquis à la masse des créanciers (2).

Sont même nuls et sans effet, relativement à la masse, tous payements par compensation, pour dettes non échues, lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses payements, ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque (446, C. comm.). Mais, s'agissant de dettes non échues, on voit qu'il ne saurait être alors question que d'une compensation facultative.

7. Comme la vacance d'une succession, ou son acceptation sous bénéfice d'inventaire, fixe d'une manière invariable les droits des créanciers, à partir de l'ouverture de cette succession, celui qui s'en trouve à la fois débiteur et créancier ne pourra invoquer la compensation légale qui ne se sera accomplie que depuis son ouverture.

Cependant, s'il n'y avait pas de créanciers opposants, le créancier ou le débiteur de la succession qui s'en trouverait en même temps débiteur et créancier, pourrait demander, par voie d'exception ou d'action directe, que la compensation fût

(1) Troplong, *Hyp.*, n° 993. — Grenier, *Hyp.*, t. 1, n° 271. — Zachariæ, t. 2, p. 251, 1re édit., et t. 3, p. 545, 4e édit.

(2) Toullier, t. 7, n° 381. — Zachariæ, t. 2, p. 412, 1re édit., et t. 4, p. 232, 4e édit. — Cass., 10 juill. 1832. Sirey, 32, 1, 429. — 24 nov. 1841. Sirey, 42, 1, 80. — Agen, 3 janvier 1860. Sirey, 60, 2, 140. — Cass., 9 juillet 1860. Sirey, 60, 1, 696. — 27 juin 1876. Sirey, 77, 1, 241. — 15 janvier 1878. Sirey, 78, 1, 111.

reconnue et déclarée. Mais cette compensation ne serait qu'une compensation facultative, et n'en produirait que les effets. Nous disons qu'elle pourrait être opposée, parce que l'héritier bénéficiaire, s'il n'y a pas de créanciers opposants, paye les créanciers et les légataires à mesure qu'ils se présentent (808). Pouvant alors payer, il peut compenser (1).

Si l'héritier bénéficiaire était lui-même, en même temps, débiteur et créancier de la succession, il aurait le même droit, à raison de la distinction des patrimoines de faire déclarer la compensation à son profit, contradictoirement avec les autres héritiers, ou, s'il est seul, avec le curateur au bénéfice d'inventaire (996, Code de pr.) (2), et cette compensation, ainsi opérée, est opposable aux créanciers non opposants qui se présentent plus tard. Ils ne peuvent la faire rapporter que comme ils pourraient faire rapporter un payement effectif, seulement envers les légataires (809).

S'il y avait des créanciers opposants, la compensation ne pourrait s'opérer, à leur égard, que jusqu'à concurrence de la portion contributoire que la succession, d'après règlement, serait tenue de leur payer.

8. En résumé, on peut voir que si la compensation légale n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à des tiers, c'est que l'existence même de ces droits en altère les conditions, en modifiant la liquidité et l'exigibilité de l'une ou de l'autre dette. Aussi pensons-nous que, dans le cas où l'obstacle résultant des droits des tiers vient à cesser, la compensation légale ne s'opère point rétroactivement, même à l'égard des parties, mais seulement du jour où cet obstacle a été levé. Ainsi, en cas de saisie-arrêt, la compensation légale n'aura point d'effet rétroactif; mais elle s'accomplira seulement du moment que la mainlevée de l'opposition aura été ordonnée par la justice ou consentie par le saisissant.

(1) TOULLIER, t. 7, n° 380. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 413, nte 32, 1re édit., et t. 4, p. 232, nte 35, 4e édit.

(2) TOULLIER, *ibid.*

Article 1299.

Celui qui a payé une dette qui était de droit éteinte par la compensation, ne peut plus, en exerçant la créance dont il n'a point opposé la compensation, se prévaloir, au préjudice des tiers, des priviléges ou hypothèques qui y étaient attachés, à moins qu'il n'ait eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette.

Sommaire.

1. La compensation éteint les deux dettes totalement ou à due concurrence.
2. Conséquences diverses de cette extinction.
3. La compensation arrête le cours de la prescription. Comment.
4. Autres conséquences de l'extinction de l'obligation.
5. Les tiers peuvent l'opposer, quoique le débiteur y renonce.
6. L'article 1299 s'applique à tous les cas de renonciation.
7. Comment le débiteur peut-il établir son ignorance?
8. A son égard, les priviléges et hypothèques attachés à la créance subsistent.

COMMENTAIRE.

1. Avant d'examiner quels sont, à l'égard des tiers, les effets de la compensation accomplie, nous devons expliquer quels sont les effets de la compensation légale entre les parties elles-mêmes.

La compensation s'opère de plein droit, par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs (1291). Il semble, par cette abondance de rédaction, que le législateur ait voulu expliquer lui-même le sens de ces mots, de plein droit, qui correspondent à ceux-ci de la loi romaine, *ipso jure*. De plein droit signifie donc, par la seule vertu et la seule force de la loi, sans le fait de l'homme, sans qu'il soit nécessaire que le juge prononce, ou que les parties fassent valoir aucune excep-

tion, sans que même elles sachent et connaissent cette puissance virtuelle de la loi (1).

Le premier et principal effet de la compensation est d'éteindre les deux dettes complètement, si elles sont égales; jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives, si elles sont inégales. Tous les autres effets ne seront eux-mêmes que secondaires, comme résultant de cette extinction des obligations.

2. Il en résulte, dans les rapports des parties entre elles, que le débiteur de la plus forte somme ne doit plus, et qu'il ne peut lui être demandé que le surplus de sa dette, toute compensation opérée (2);

Que les intérêts cessent de plein droit, soit que l'autre créance en produise ou n'en produise point (3).

Que la compensation s'opère suivant les règles de l'imputation, en faisant porter la compensation d'abord sur les intérêts, puis sur le capital, le surplus du capital, s'il y a lieu, continuant de produire des intérêts ;

Que si les intérêts sont seuls exigibles, ils viennent seuls en compensation avec les intérêts ou le capital dû par l'autre partie;

Que c'est une conséquence nécessaire des principes mêmes et des effets de la compensation, que l'acquittement des dettes réciproques peut avoir lieu, entre les parties, d'une manière divisée, puisqu'elles ne s'éteignent que jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives.

3. Il en résulte que la compensation arrête le cours de la prescription, et que chaque partie poursuivie en payement peut opposer que les deux dettes ont été, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives, éteintes par la compensation,

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 599. — MERLIN, Quest., v° *Papier-Monnaie*, § 4.

(2) L. 2, *ff. De comp.*

(3) L. 11, *ff. De comp.*

avant que la prescription fût acquise; tandis que, si le temps de la prescription était acquis au moment où se place la compensation, la dette prescrite ne pourrait être déclarée compensée au préjudice du débiteur, qui n'a désormais qu'à faire valoir sa créance (1).

Mais il ne s'ensuit point, s'il n'y a d'ailleurs des actes interruptifs, tels qu'une reconnaissance, par exemple, que la prescription soit interrompue, même en ce qui concerne ce que l'un peut devoir à l'autre, toute compensation opérée, les dettes étant inégales. Quant à cet excédant, la prescription continue de courir, sans interruption, comme s'il n'y avait point eu de compensation. C'est que la compensation n'arrête point le cours de la prescription, au même titre qu'un payement réel, qui emporte reconnaissance, mais qu'elle l'arrête seulement, par la force de la loi, comme cause d'extinction réciproque des obligations respectives et jusqu'à concurrence seulement de quotités égales.

4. Il résulte encore de la compensation que tous les accessoires de la dette éteinte sont également éteints;

Que, si l'extinction est totale, ou, si elle est partielle, moyennant offres du surplus (2), le débiteur qui avait donné un gage ou une antichrèse, peut les retirer;

Que les priviléges, les hypothèques, les cautionnements, sont aussi frappés d'extinction;

Que le débiteur peut demander mainlevée des priviléges et des hypothèques, et la caution décharge de son cautionnement;

Que les parties peuvent réciproquement se demander quittance l'une à l'autre, pour constater leur libération, à due concurrence des effets de la compensation;

Que la compensation accomplie avant la signification du

(1) TOULLIER, t. 7, n° 389. — MERLIN, Quest., v[is] *Papier-Monnaie*, § 4.

(2) L. 12, C. *De comp.*

transport, s'oppose à ce que la créance éteinte puisse être cédée, et qu'elle peut être opposée au cessionnaire comme au cédant, à moins que le débiteur n'ait accepté purement et simplement la cession (1295) (1).

5. Les tiers intéressés peuvent eux-mêmes se prévaloir de la compensation et de toutes ses conséquences.

Ils peuvent même l'opposer, quoique le débiteur y ait volontairement renoncé. Il suffit, pour cela, qu'ils aient intérêt à ce qu'elle soit acquise, et que la renonciation, au moment où elle a eu lieu, ait lésé leurs droits alors existants. C'est qu'il est de principe qu'une obligation éteinte ne saurait revivre au préjudice des tiers intéressés à ce que cette extinction soit maintenue.

Mais, par tiers intéressés, il faut entendre seulement ceux qui avaient des droits acquis antérieurs à la renonciation. Si leurs droits étaient postérieurs, on ne pourrait prétendre que cette renonciation a eu lieu à leur préjudice. Elle pourrait donc leur être opposée.

L'article 1299 pose le principe et en fait à la fois l'application. Il suppose un débiteur qui paye une dette qui était, de droit, éteinte par la compensation. Il ne lui reste plus qu'à exercer la créance dont il n'a point opposé l'extinction. Mais cette créance était garantie par des priviléges, des hypothèques. Pourra-t-il les faire valoir? Il ne pourra le faire au préjudice des tiers intéressés, c'est-à-dire des autres créanciers du débiteur, antérieurs à la renonciation, et qui ont intérêt à ce qu'une créance préférable ne vienne pas absorber ou diminuer leur gage commun.

Si, au lieu de priviléges et d'hypothèques, on suppose un cautionnement, la caution pourra, nonobstant la renon-

(1) VALIN, *La Rochelle*, art. 61, n° 37. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 419, 1re édit., et t. 4, p. 238, 4e édit. — TOULLIER, t. 7, n° 392. — Cass., 11 fév. 1829. SIREY, 29, 1, 151.

ciation du créancier, se prétendre libérée par la compensation (1).

Mais il en est autrement du codébiteur solidaire qui, étant obligé principal, ne peut, ainsi que nous l'avons expliqué (2), opposer en compensation de droit ce que le créancier doit à son codébiteur, ni conséquemment se plaindre que la renonciation ait eu lieu à son préjudice.

Du reste, le codébiteur solidaire qui, sur les poursuites dirigées contre lui par le créancier, n'aurait point opposé la compensation opérée de son chef personnel et de plein droit, tombe lui-même sous l'application de notre article; et les tiers, autres que ses codébiteurs, peuvent en invoquer les dispositions contre lui, lorsque plus tard il exerce la créance dont il n'a point opposé la compensation.

Quant au débiteur principal, il n'est point autorisé, comme la caution en a le droit vis à-vis de lui, à se prévaloir de la compensation qu'elle aurait pu opposer facultativement au créancier, mais qu'elle n'a pas opposée. C'est qu'il ne peut, suivant l'article 1294, faire admettre en compensation ce que le créancier doit au fidéjusseur. L'article 1299 n'est donc pas fait pour lui. Il ne s'applique, d'ailleurs, qu'au cas où il s'agit d'une compensation opérant de plein droit, par la seule force de la loi.

Les explications dans lesquelles nous sommes entré, soit sous le présent article, soit sous l'article 1294, montrent assez clairement en quel sens le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution, ni le débiteur solidaire pareillement opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur. C'est en ce sens seulement qu'ils ne peuvent, ni l'un ni l'autre, proposer, du chef de leur consort ou de la caution, aucune compensation

(1) Zachariæ, t. 2, p. 417, 1re édit., et t. 4, p. 237, 4e édit. — Duranton, t. 12, n° 457.

(2) Art. 1294, n° 6.

qui aurait pour résultat de produire l'extinction de la dette pour laquelle ils sont personnellement et principalement engagés. Si donc, abstraction faite de la dette solidaire ou cautionnée, il y a eu d'autres causes de compensation légale entre le créancier et les autres codébiteurs ou la caution, le débiteur poursuivi pourra s'en prévaloir ultérieurement, comme tout tiers intéressé. Mais, nous le répétons, ce ne peut être en vue d'échapper à l'action en payement, mais seulement au même titre et dans le même intérêt que pourrait faire valoir un tiers étranger. Le débiteur solidaire pourra même opposer la compensation qui se sera opérée de plein droit, afin d'assurer l'efficacité de son recours, nonobstant toute renonciation volontaire, et d'après les termes de notre article 1299.

6. Notre article, en parlant du payement d'une dette éteinte par la compensation, ne fait que prévoir, par forme d'exemple, un cas de renonciation tacite. Ses dispositions doivent être appliquées indifféremment à tous les autres cas de renonciation tacite ou expresse.

Ainsi, le débiteur qui a accepté purement et simplement, sans réserves, la cession d'une créance compensée, ne peut faire valoir ensuite sa créance contre le cédant, au préjudice des droits des tiers (1).

Et le cessionnaire dont la cession a été ainsi acceptée ne peut non plus se prévaloir, au préjudice des tiers, des hypothèques et priviléges attachés à la créance cédée, parce qu'elle a été de plein droit éteinte par la compensation (2).

7. Néanmoins, le débiteur qui a renoncé à la compensation peut encore, en exerçant la créance dont il n'a point opposé la compensation, se prévaloir, au préjudice des tiers, des priviléges et hypothèques qui y étaient attachés, ainsi que du

(1) Duranton, t. 12, n° 434. — Zachariæ, t. 2, p. 417, nte 11, 1re édit., et t. 4, p. 240, 4e édit.

(2) Duranton, t. 12, n° 435.

cautionnement qui la garantissait, lorsqu'il a eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette (1299) (1).

Tel est le cas où je paye une dette dont je suis tenu envers vous, dans l'ignorance du décès d'une personne dont je suis héritier, et qui est votre créancière. Sans doute, la compensation s'est opérée entre nous à notre insu, de plein droit, par la seule force de la loi. Mais il serait contraire à tous les principes de droit et d'équité que je fusse victime de mon erreur, en ne pouvant désormais exercer, au préjudice des tiers, les priviléges et hypothèques attachés à ma créance. Je ne puis être réputé avoir renoncé à un droit dont j'ignorais l'existence. Les tiers ne pourront donc m'opposer les effets de la compensation. La cause de ma bonne foi l'emporte sur celle de leur intérêt.

Mais la loi veut que j'aie une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser la dette. Que signifient ces expressions? Veulent-elles dire que le débiteur doit prouver d'abord qu'il ignorait la créance, et ensuite qu'il avait une juste cause de l'ignorer? Lui suffira-t-il, au contraire, d'établir son ignorance, pour qu'il soit présumé, par cela même, que son ignorance était fondée sur une juste cause; ou bien encore de prouver qu'il avait une juste cause d'ignorer l'existence de la créance, pour qu'il soit en conséquence présumé l'avoir réellement ignorée, sauf à la partie adverse à établir le contraire?

L'article 1299 nous semble signifier un peu tout cela. En effet, ce qu'il exige principalement, c'est que le débiteur qui exerce sa créance et se prévaut des priviléges et hypothèques, au préjudice des tiers, n'ait point renoncé à la compensation en connaissance de cause. La première chose qu'il doit prouver, c'est donc son ignorance de fait ou de droit. Mais il faut en même temps que cette ignorance ne soit point trop grossière. La stupidité de ses motifs la rend alors invraisemblable;

(1) Pothier, *Oblig.*, n°s 603-604.

et vainement essayerait-il de l'établir, s'il ne la fondait que sur des raisons dont l'absurdité ou la grossièreté choquerait le sens commun. Il doit donc prouver en même temps qu'il avait une juste cause d'ignorer.

D'autre part, quand il a une fois fait cette preuve, il n'est pas loin d'avoir prouvé son ignorance même. On peut même dire que la preuve en est toute faite. Car de la cause on peut légitimement conclure à l'effet, si des circonstances particulières ne viennent point contrarier cette déduction naturelle. Il lui suffira donc de prouver qu'il avait une juste cause d'ignorance, pour que, par cela même, son ignorance soit présumée; et son adversaire sera alors dans la nécessité d'établir le contraire, par toutes les présomptions de nature à combattre cette première et naturelle présomption d'ignorance (1).

Mais ce n'est point à dire que nous repoussions absolument l'opinion de M. Toullier (2), qui veut que le créancier exerçant sa créance prouve 1° son ignorance; 2° la juste cause de cette ignorance. Cette double preuve sera nécessaire, toutes les fois qu'il commencera par prouver son erreur, parce qu'il doit la justifier en outre aux yeux de la justice.

On comprend, du reste, que les tribunaux ont sur ce point un pouvoir discrétionnaire d'appréciation.

8. Mais, à l'égard de celui qui est resté débiteur après renonciation à la compensation accomplie, les priviléges et hypothèques subsistent. Car, par rapport à lui comme à l'égard de son créancier, la créance a pu régulièrement renaître, comme si jamais elle n'avait été éteinte par la compensation. Il ne tient enfin qu'à lui, pour éteindre sa dette en principal et accessoires, de rembourser ce qu'il a reçu sciemment ou par erreur. Le créancier exerçant la créance dont il n'a point opposé la compensation, est donc admis à se prévaloir envers lui des priviléges et hypothèques qui y sont restés attachés.

(1) Zachariæ, t. 2, p. 417, 1re édit., et t. 4, p. 240, 4e édit.
(2) T. 7, n° 391

SECTION IV.

DE LA CONFUSION.

ARTICLE 1300.

Lorsque les qualités de créancier et de débiteur se réunissent dans la même personne, il se fait une confusion de droit qui éteint les deux créances.

Sommaire.

1. Définition de la confusion.
2. En quel cas elle a lieu.
3. Elle éteint l'obligation ou plutôt libère la personne.
4. Cas où le créancier succède à un tiers qui est obligé d'acquitter le débiteur.
5. Comment la confusion s'applique aux effets de commerce.
6. L'acceptation bénéficiaire empêche la confusion.
7. Il n'y a pas de confusion contre l'Etat succédant par déshérence.
8. La cession antérieure de la créance empêche la confusion.
9. La saisie-arrêt et la demande en sous-ordre l'empêchent également.
10. La confusion opère une extinction totale ou partielle.
11. La confusion suppose l'acquisition de la pleine propriété de la créance.
12. La séparation des patrimoines fait cesser la confusion.
13. Elle est soumise aux mêmes conditions que les actes qui la produisent.
14. Ses effets cessent par la convention expresse ou tacite des parties.
15. Quand elle est révoquée, la créance renaît. Exemples.
16. La confusion s'applique à toutes qualités incompatibles. Exemples.
17. L'hypothèque est éteinte quand le créancier devient propriétaire, sauf révocation de son droit.
18. Des causes de résolution forcée ou volontaire. Ingratitude, inexécution.
19. Du cas de folle enchère.
20. La confusion suspend la prescription.

COMMENTAIRE.

1. Dans son acception la plus étendue, et dans son application aux personnes, la confusion est le concours de qualités contraires et incompatibles qui s'entre-détruisent (1).

Considérée comme mode d'exinction des obligations, elle est la réunion dans la même personne des qualités de créancier et de débiteur d'une seule et même obligation (2).

Le Code civil en donne donc une définition inexacte, lorsqu'il suppose que cette réunion de qualités produit une confusion de droit qui éteint les deux créances. Il n'y a point, en effet, deux créances; il n'y en a qu'une, dont la même personne se se trouve être à la fois débitrice et créancière.

La définition que l'article 1300 présente de la confusion est plutôt applicable à la compensation qui suppose, en effet, dans la même personne la réunion des qualités de créancier et de débiteur, par suite d'un concours de créances et de dettes respectives. Mais il y a cette différence essentielle entre la compensation et la confusion, que, dans la première, les qualités de créancier et de débiteur ne se réunissent dans la même personne que par le concours de créances et de dettes réciproques; tandis que dans la seconde elles se réunissent sur la même tête, comme résultant d'une seule et même obligation. La compensation suppose à la fois un concours de personnes et de créances, de telle sorte que chacune d'elles est créancière et débitrice envers l'autre. La confusion suppose, au contraire, une seule personne, une seule obligation, de telle sorte que la même personne est à la fois débitrice et créancière envers elle-même. Et, pour tout résumer en deux mots, ont peut dire que la première repose sur la réciprocité, la seconde sur l'unité.

(1) Pothier, *Oblig.*, nº 605.
(2) Pothier, *ibid.*

2. La confusion s'opère lorsque le débiteur succède au créancier, ou lorsque le créancier succède au débiteur, ou bien enfin lorsqu'une tierce personne succède à l'un et à l'aut re,en vertu d'un titre héréditaire ou autre qui a pour effet de transporter la créance et la dette sur la même tête. Ce concours des qualités de débiteur et de créancier résulte, en effet, le plus souvent, de la réunion de l'une à l'autre, en un titre universel, comme celui d'héritier naturel ou testamentaire; mais il peut également avoir lieu par suite d'une transmission à tout autre titre.

3. Cette réunion de qualités contradictoires éteint de droit l'obligation, soit qu'il y ait terme ou non, soit que l'obligation soit soumise ou non à une condition suspensive ou résolutoire. C'est que nul ne peut être créancier et débiteur de soi-même. Il y a entre ces qualités une incompatibilité de droit qui fait qu'elles s'entre-détruisent et s'absorbent l'une l'autre.

Cependant, de tous les modes d'extinction des obligations, la confusion semble un des moins énergiques, puisque, sans éteindre l'obligation dans les conditions essentielles de son existence, elle n'aboutit qu'à une impossibilité d'exécution. Aussi, a-t-elle pour effet plutôt de libérer la personne sur la tête de laquelle elle s'opère, que d'éteindre l'obligation elle-même. *Potiùs eximit personam obligatione confusio, quàm extinguit obligationem,* disent les docteurs. Et la loi romaine dit elle-même (1) : *Persona tantum exempta confusâ obligatione; confusione obligationis eximi personam.* L'obligation continue, en conséquence, à faire partie de l'actif ou du passif du défunt, et doit entrer dans le calcul de la quotité disponible et de la réserve (2).

4. Lorsque le créancier succède, non au débiteur, mais à un tiers qui était obligé d'acquitter le débiteur, ou *vice versâ,*

(1) L. 71, *ff. De fidejuss.*
(2) DURANTON, t. 12, n° 481.

l'obligation est également éteinte de droit. Ce n'est pas qu'il s'opère une confusion proprement dite, puisque la même personne ne réunit pas les qualités de créancier et de débiteur de la même obligation. Mais il y a une compensation d'actions, parce que, le créancier poursuivant le débiteur, celui-ci exerce immédiatement contre lui un recours qui neutralise son action (1).

De même, lorsque le créancier ayant hypothèque sur un immeuble succède à un tiers qui a garanti le détenteur de l'immeuble contre l'exercice de l'hypothèque, il se fait dans sa personne une confusion de droits qui éteint l'hypothèque. Car, comme créancier, il ne peut la faire valoir contre le tiers détenteur, puisque comme coobligé, il doit le garantir. L'immeuble est ainsi libéré de toute hyothèque (2).

5. La confusion, comme mode d'extinction des obligations, s'applique également aux effets de commerce, tels que billets à ordre et lettres de change. Lors donc qu'avant ou après leur échéance, les qualités de débiteur et de créancier se sont réunies sur la même tête, ces obligations, toutes commerciales qu'elles soient, sont éteintes par la confusion. Ainsi, lorsque, même avant l'échéance, le tiré qui a accepté la lettre de change en est devenu propriétaire, la lettre est réputée éteinte et ne peut plus être utilement transmise à un tiers, envers le tireur originaire, à défaut de payement à l'échéance de la part du tiré.

Mais la confusion accomplie ne saurait, d'après les principes qui régissent la transmission des effets de commerce, être opposée qu'aux tiers de mauvaise foi, c'est-à-dire à ceux qui les ont acceptés en connaissance de cause, par exemple lorsque l'état matériel lui-même du titre transmis établissait la confusion opérée (3).

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 611.
(2) Cass., 18 juill. 1820. Sirey, 21, 1, 97.
(3) Cass., 19 avril 1848. Sirey, 48, 1, 385.

6. Pour que la confusion résulte d'une transmission à titre successif, il faut que la succession ait été acceptée purement et simplement. Si elle n'avait été acceptée que sous bénéfice d'inventaire, il n'y aurait point de confusion; car le bénéfice d'inventaire a précisément pour but et pour effet de l'empêcher (802). Le débiteur succédant au créancier, le créancier succédant au débiteur, ne réuniront donc sur leur tête les qualités de débiteur et de créancier qu'en se portant héritiers purs et simples. Et, si l'on suppose un tiers succédant à l'un et à l'autre, il suffira, pour qu'il n'y ait point confusion, qu'il ait accepté sous bénéfice d'inventaire, soit la succession du débiteur ou celle du créancier.

7. A l'héritier bénéficiaire il faut assimiler l'État, succédant par droit de déshérence. Comme il n'est tenu des dettes que comme détenteur des biens, et jusqu'à concurrence seulement de l'émolument actif qu'il en retire, il ne s'opère aucune confusion par la réunion dans sa personne des qualités de débiteur et de créancier, n'importe comment elle s'opère. Ses droits comme créancier ne coïncidant pas avec ses obligations comme débiteur, il est impossible de les éteindre les uns par les autres. Son action reste entière pour le recouvrement de ce qui lui est dû, tandis que ses obligations sont limitées pour le payement de ce qu'il doit. La confusion ne s'opèrera donc que jusqu'à concurrence de l'actif de l'hérédité; et l'État restant créancier du surplus, pourra poursuivre les cautions, s'il en existe (1).

8. Toute autre circonstance qui empêche le concours dans la même personne des qualités de créancier et de débiteur empêche par cela même la confusion. Je vous cède, par exemple, la créance que j'ai sur Pierre. Ce dernier meurt après acceptation ou signification régulière de la cession, et je me porte

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 379. — Toullier, t. 7, n°s 434-435. — Duranton, t. 12, n° 479.

son héritier pur et simple. Il n'y a point confusion; car, à l'ouverture de la succession, j'avais cessé d'avoir la qualité de créancier, dont vous étiez, au contraire, à cette époque, régulièrement saisi (1).

Mais si le cessionnaire n'avait fait accepter ou signifier son transport qu'après l'ouverture de la succession, comme il n'est saisi, à l'égard des tiers, que par l'accomplissement de l'une ou de l'autre de ces formalités, les tiers pourraient opposer la confusion qui de droit s'est opérée au décès du débiteur cédé, dont le cédant est devenu héritier pur et simple, sauf la garantie dont ce dernier est tenu envers le cessionnaire, à raison de l'extinction de la créance (2).

Cette garantie emporte obligation d'indemniser le cessionnaire de toute la valeur de la créance. Il ne suffirait pas que le cédant lui restituât le prix de la cession et le montant de ses autres déboursés. Entre eux, en effet, le transport est valable, et le cédant est, envers le cessionnaire, débiteur de la créance en sa qualité d'héritier pur et simple du débiteur cédé. On pourrait même ajouter que le cédant lui doit indemnité, parce que la confusion a eu lieu par son fait, par son acceptation pure et simple de la succession du débiteur, si l'on ne pouvait, avec autant de raison, reprocher au cessionnaire de ne pas avoir fait accepter ou signifier plus tôt son transport (3).

9. Je fais une saisie-arrêt entre les mains de Paul, votre débiteur; vous ou lui mourez durant l'instance, et devenez héritiers purs et simples l'un de l'autre, avant qu'un jugement validant mon opposition m'ait saisi de la créance. Ma saisie-arrêt aura empêché toute confusion à mon préjudice; car le jugement qui plus tard en prononce la validité, et déclare rétroactivement mon droit, a pour effet de me saisir de la

(1) Cass., 17 déc. 1856. Sirey, 59, 1, 121.
(2) Pothier, *Oblig.*, n° 610. — Duranton, t. 12, n° 480.
(3) Pothier, *ibid.* — Duranton, *ibid.*

créance et d'empêcher le concours, sur la même tête, des qualités de créancier et de débiteur. Ce n'est donc plus à lui-même que le débiteur doit payer, ce qui serait impossible ; mais mon intervention comme tiers saisissant a créé une hypothèse où ne se rencontre plus cette impossibilité. Il est vrai que, quelle que soit la manière dont le concours de qualités contraires s'est formé sur votre tête, je vous ai désormais pour débiteur personnel et direct ; mais je suis intéressé, néanmoins, à faire prononcer la validité de mon opposition, si l'on suppose que la créance sur laquelle elle portait est garantie par un privilége, une hypothèque, un cautionnement.

Pareillement, je demande à être colloqué en sous-ordre sur le montant de votre collocation ; durant l'instance et avant le règlement définitif, le débiteur vous succède, ou vous succédez au débiteur. Nul sans doute ne peut être colloqué sur lui-même ; cependant ma demande en sous-ordre subsiste avec la collocation principale, sans qu'on puisse opposer que la confusion qui s'est opérée sur votre tête ou sur celle du débiteur a eu pour effet de les faire tomber. Le successeur soutient sa double qualité de créancier et de débiteur ; ou plutôt c'est moi qui suis, par ma demande de collocation en sous-ordre, censé créancier, ce qui empêche la réunion sur sa tête des qualités contradictoires de créancier et de débiteur.

Du reste, il est hors de doute que la confusion ne peut être opposée aux tiers saisissants ou opposants, lorsqu'elle a eu lieu seulement après le jugement qui valide la saisie, ou après le règlement définitif d'ordre. Il y a alors en leur faveur saisine définitive de la créance.

10. La confusion opère l'extinction totale de la dette, lorsque les droits et les obligations de son auteur passent au successeur en totalité. Elle n'opère qu'une extinction partielle et proportionnée à la part pour laquelle il succède, si les droits et obligations de son auteur ne lui sont transmis que pour partie.

Si c'était un tiers qui eût succédé au débiteur et au créancier, la confusion n'aurait éteint la dette qu'en proportion de la part de ce tiers, et dans la succession du débiteur, et dans celle du créancier. Pour le surplus elle subsiste. Telles sont les conséquences du principe suivant lequel les droits et les obligations se divisent de plein droit.

Si l'obligation était indivisible, et qu'il y eût plusieurs héritiers, la confusion n'opérant alors qu'une extinction partielle, n'aurait pas pour effet d'empêcher l'exécution totale de l'obligation qui ne peut être exécutée par partie; mais elle s'appliquerait à l'indemnité dont les héritiers auraient à faire raison à celui d'entre eux qui l'aurait personnellement exécutée.

11. La réunion des qualités de créancier et de débiteur sur la même tête, d'où la loi fait découler une confusion de droit, suppose essentiellement que la même personne acquiert la pleine propriété de la créance dont elle était débitrice, ou qu'elle devient débitrice de la créance dont la pleine propriété lui appartenait déjà. Lors donc que le débiteur n'acquiert, à quelque titre que ce soit, que la nue-propriété de la créance par lui due, et que l'usufruit de cette créance appartient à un tiers, la confusion est imparfaite, et n'opère point l'extinction de la dette (1).

12. Voyons maintenant dans quels cas la confusion cesse. Elle cesse lorsque, suivant leur droit, les créanciers et légataires de la succession demandent la séparation du patrimoine du défunt de celui de l'héritier (878, 2111). Cette séparation n'a, en effet, d'autre but que de faire disparaître, avec tous ses effets, la confusion des patrimoines résultant de l'adition pure et simple de l'hérédité.

13. Si la transmission des droits d'où résulte la confusion n'avait eu lieu que sous une condition suspensive ou résolu-

(1) Cass., 19 déc. 1838. Sirey, 39, 1, 133.

toire, les effets de la confusion seraient eux-mêmes soumis à la même condition. La condition suspensive manquant, elle n'aurait jamais existé. Mais si elle s'accomplissait, elle produirait ses effets rétroactivement. Si la condition était résolutoire, la confusion serait censée avoir toujours existé ou n'avoir jamais eu lieu, suivant que la condition manquerait ou viendrait à s'accomplir.

Ces principes s'appliquent au grevé de substitution chargé de conserver et de rendre les biens au substitué. La confusion cesse par la restitution dont il est tenu. Dès lors, la créance que l'instituant avait contre lui, doit être comprise dans l'actif à rendre; de même la dette de l'instituant envers le grevé doit être déduite des biens à restituer (1). Mais, à défaut de restitution à faire aux appelés, la confusion demeure incommutable.

La dette ne renaît pas seulement entre les parties, mais encore à l'égard des tiers. Ainsi, les hypothèques et les cautionnements ne sont pas éteints. Car le grevé n'ayant que des droits résolubles, on ne saurait attacher à une confusion qui n'a pas été irrévocable des effets absolus et définitifs (2).

11. Les effets de la confusion cessent encore par la convention expresse ou tacite des parties.

Sur une action en pétition d'hérédité, je suis reconnu héritier; néanmoins, je cède à mon adversaire la succession qui m'a été adjugée, sous la condition que j'exercerai contre elle tous mes droits et actions, comme si je ne m'étais point porté héritier. Entre nous cette convention devra être exécutée (3).

Je vous vends une hérédité à laquelle je suis appelé; vous devez me faire raison de ce dont j'étais créancier, s'il n'y a stipulation contraire (1698).

Si, au contraire, j'étais débiteur envers le défunt, je devrais

(1) Toullier, t. 7, n° 439.
(2) *Contrà*, Duranton, t. 12, n° 486.
(3) L. 7, C. *De pactis*.

faire raison au cessionnaire de l'hérédité du montant de ma dette (1).

Mais ce n'est qu'entre les parties seulement que les effets de la confusion disparaissent. A l'égard des tiers ils subsistent. Ainsi, par rapport à eux, l'obligation est éteinte, pour le principal et les accessoires. Ce n'est, en effet, que par leur volonté seule que les parties ont, par une sorte de renonciation, écarté les effets de la confusion, et il ne leur appartient pas de faire revivre, au préjudice des tiers, une obligation éteinte (2).

15. Mais lorsque la confusion a été révoquée pour une cause inhérente à ses conditions mêmes, l'obligation renaît rétroactivement, même à l'égard des tiers, avec tous ses accessoires (3).

Les effets de la confusion cessent donc toutes les fois que le concours des qualités de créancier et de débiteur vient à disparaître; par exemple, lorsque l'héritier, majeur ou mineur, se fait relever de son acceptation pure et simple pour l'une des causes que la loi autorise; lorsqu'il est exclu, plus tard, pour cause d'indignité (4), bien que la loi romaine, dans ce dernier cas, maintînt la confusion à titre de peine (5); lorsque celui qui s'était porté héritier est, plus tard, écarté, parce qu'il existe des parents à un degré plus proche, ou que le testament qui l'institue est nul ou a été révoqué.

Dans tous ces cas, la confusion n'a existé qu'en apparence, et celui sur la tête duquel elle a semblé s'accomplir, recouvre tous ses droits contre la succession et les autres obligés, comme s'il n'avait jamais été héritier et n'avait jamais paru confondre

(1) TROPLONG, *Vente*, n° 970.

(2) DURANTON, t. 12, n° 487. — MARCADÉ, art. 1301, n° 4.

(3) ZACHARIÆ, t. 2, p. 421, 1re édit., et t. 4, p. 242, 4e édit. — TROPLONG, *Caut.*, n° 482.

(4) DURANTON, t. 12, n° 484. — TOULLIER, t. 7, n° 437.

(5) L. 21, § 1, *ff. Ad. S. C. Sylan.* — L. 8 et 17, *ff. De is quæ ut indig. aufer.*

en sa personne les qualités contradictoires de créancier et de débiteur (1).

16. La confusion dont s'occupe l'article 1300 ne s'applique pas seulement aux engagements personnels. L'extinction qui en résulte est commune à toute espèce d'obligations, même à celles qui ont pour principe la transmission ou l'existence de certains droits réels qui font que la chose est obligée, indépendamment même de la personne de celui qui la possède. Les expressions de débiteur et de créancier, employées par notre article, ont un sens très étendu qui embrasse tous les engagements, de quelque nature qu'ils soient, soit qu'ils atteignent les personnes ou les choses. Il suffit donc, pour que la confusion existe dans ce cas, que la même personne cumule sur sa tête des droits et des obligations contradictoires, du concours desquels résulte pour elle la double qualité de débitrice et de créancière.

Ainsi, nul ne peut être acquéreur, donataire, fermier, commodataire, dépositaire, gagiste, antichrésiste de sa propre chose. Il y a contradiction flagrante entre ces qualités et celle de propriétaire. La propriété absorbe ici tout le reste.

De même, nul ne peut avoir sur sa propre chose un droit d'usufruit, d'usage, d'habitation, de servitude. Ces droits s'éteignent par la réunion sur la même tête de la qualité de propriétaire et de la qualité opposée. Mais alors la confusion prend un nom particulier ; elle s'appelle consolidation, parce que la propriété se complète, se consolide.

17. Pareillement, quand le créancier devient propriétaire de l'immeuble hypothéqué à sa créance, il se fait une confusion qui opère l'extinction de l'hypothèque. Mais cette confusion, subordonnée à la qualité de propriétaire, ne dure qu'aussi longtemps qu'il conserve la propriété ; de telle sorte que, s'il fait prononcer la résolution, la rescision, ou l'annulation du

(1) Toullier, t. 7, n° 437.

contrat, ou qu'elles soient prononcées contre lui, les hypothèques renaissent. Elles n'étaient confuses et éteintes que conditionnellement, sous la condition qu'il resterait propriétaire incommutable.

Mais il faut que la résolution ou rescision du contrat ait été prononcée pour une cause nécessaire et ancienne, *ex causâ necessariâ et antiquâ*, inhérente à l'acte qui a transmis la propriété, et ne procédant pas exclusivement de la volonté des parties. Cette distinction entre les causes nécessaires et les causes volontaires est fort intéressante, puisque celles-ci ne font point cesser les effets de la confusion, tandis que celles-là font renaître l'hypothèque et les autres droits réels, comme si la confusion n'avait point existé. Nous examinerons cette question, surtout sous le rapport de l'extinction de l'hypothèque.

Si le créancier n'a acquis que sous condition résolutoire la propriété de la chose sur laquelle il avait une hypothèque, il est évident que la confusion s'évanouit par l'accomplissement de la condition. Le droit d'hypothèque, qui s'était anéanti et confondu dans le droit de propriété, renaît, comme si jamais il n'avait été éteint. La cause de la résolution est nécessaire, inhérente au contrat lui-même.

Le délaissement opéré par le tiers détenteur sur les poursuites des créanciers hypothécaires produit les mêmes effets (2177).

La rescision ou la nullité prononcée sur l'action de l'une ou de l'autre des parties, fait également cesser les effets de la confusion.

Mais supposons que la résolution ou révocation du contrat soit provoquée par le fait ou la faute de l'acquéreur lui-même, qui, par exemple, ne paye pas son prix; du donataire qui, par exemple, se rend coupable d'ingratitude. Peut-on dire, dans ce cas, que la résolution et la révocation ont une cause volontaire; qu'en conséquence, l'hypothèque a été frappée d'une extinction définitive, et qu'elle ne renaît point au préjudice des tiers?

Pothier (1) dit que s'il a été donné un immeuble, et que la donation ait été révoquée pour cause d'ingratitude, en ce cas et autres semblables, le droit d'hypothèque qu'avait le donataire ne revivra pas, car il avait acquis un droit de propriété irrévocable; il ne tenait qu'à lui de le conserver, en ne commettant pas les excès qui ont donné lieu à la révocation pour cause d'ingratitude. L'acquisition qu'il a faite, ayant été parfaite et irrévocable, elle a dû opérer une confusion et une extinction absolue du droit d'hypothèque qu'il avait sur cet héritage, lequel droit, par conséquent, ne peut plus revivre.

Les autres cas semblables qu'il énonce, sans les indiquer, sont sans doute ceux d'inexécution des charges et conditions, soit qu'il s'agisse de donations ou de contrats synallagmatiques.

Mais il en est autrement, ajoute Pothier, si la donation a été révoquée pour survenance d'enfants. Car alors la révocation a lieu *ex causâ antiquâ et necessariâ.*

Ici nous entrons dans la théorie des rescisions, résolutions, révocations de contrats, pour causes nécessaires ou volontaires.

« Si la cause de l'éviction, dit M. Troplong (2), est postérieure au contrat, et volontaire de la part du créancier, nul doute que, dans ce cas, les hypothèques éteintes ne revivent pas. C'est une maxime fondée sur la raison que, *obligatio semel extincta non reviviscit, nisi causa justa subsit ex quâ æquitas subveniat;* ou, comme le dit la loi 98, § 8, *ff. De solut.*, *in perpetuum sublata obligatio non restitui potest.* »

Remarquez ces deux exceptions posées par la loi romaine au principe de l'extinction absolue et définitive des obligations; la première, lorsqu'il y a un juste motif de tempérer par l'équité la rigueur du droit; la seconde, lorsque l'obligation n'a pas été définitivement et irrémissiblement éteinte, *in perpetuum;* car l'extinction n'est absolue que lorsque l'obli-

(1) *Hyp.*, ch. 3, § 2. — Grenier, *Hyp.*, t. 2, n° 502.
(2) *Hyp.*, n° 848.

gation a été éteinte à jamais, pour toujours, *in perpetuum*. C'est à ce point de vue que nous devons nous placer pour examiner la théorie difficile et délicate des résolutions volontaires et non volontaires.

18. Il ne faut point argumenter ici, s'agissant de confusion, des principes que nous avons appliqués à la novation (1). La novation est, en effet, un contrat nouveau, volontairement accepté pour éteindre une créance préexistante, et qui contient ainsi, à moins d'une réserve expresse, renonciation absolue et définitive, soit aux hypothèques, soit à la garantie résultant des cautionnements.

Mais, en matière de confusion, la même idée de renonciation, de la part du créancier, n'existe point. Si la confusion est un mode d'extinction des obligations, elle ne l'est pas du moins principalement et de dessein arrêté de la part des parties, comme la novation. Elle n'implique pas la pensée d'une renonciation volontaire, parce qu'elle résulte d'un concours de qualités qui peut être plus ou moins du fait volontaire des parties, mais dont la loi déduit elle-même, de plein droit, comme conséquence juridique, l'extinction de l'engagement.

De ce caractère particulier de la confusion, il suit que la loi ne saurait faire durer l'effet, qui est l'extinction de l'obligation plus longtemps que la cause, qui est la réunion sur la même tête des qualités de débiteur et de créancier. En d'autres termes, elle ne saurait continuer la confusion et ses effets, quand l'un des actes qui produisait ce concours de qualités contradictoires a été résolu, révoqué ou rescindé. La confusion ne peut enfin produire une extinction absolue, définitive, que tout autant que l'état de choses est lui-même permanent, incommutable. C'est alors seulement que l'obligation a été éteinte à jamais, *in perpetuum*, et qu'en conséquence elle ne revit pas, *non reviviscit*.

(1) Art. 1278, nos 5 et suiv.

Si donc l'acte qui a produit la confusion est soumis à une condition résolutoire, l'extinction de l'obligation ne peut être absolue, et est soumise, au contraire, à la même condition résolutoire. Cette condition s'accomplissant, la confusion est censée n'avoir jamais existé. Ceci est évident, lorsque la condition résolutoire a été expressément stipulée.

Il en est de même lorsque la loi sous-entend d'office la condition résolutoire, comme la survenance d'enfants en cas de donation.

La confusion cesse encore lorsque la vente, faite au créancier hypothécaire, de l'immeuble même sur lequel existe son hypothèque, est rescindée ou annulée, pour cause de minorité, de dol, de violence, de lésion, sur la demande du vendeur ou de l'acquéreur.

Elle cesse également lorsque l'acquéreur fait résoudre le contrat pour vices cachés, servitudes occultes, éviction d'une partie notable de la chose; et alors, la confusion cessant, l'hypothèque renaît.

Mais si le donateur, par exemple, fait résoudre la donation pour cause d'ingratitude ou inexécution des charges; si le vendeur fait résoudre la vente pour non payement du prix et inexécution des engagements, faut-il dire, avec Pothier, que la confusion produit encore ses effets, parce que c'est par le fait la faute du donataire ou de l'acquéreur que la résolution a eu lieu, et qu'ils n'ont qu'à s'en imputer à eux-mêmes les fâcheuses conséquences? Peut-on légalement prétendre qu'alors la résolution conserve ses effets rétroactifs seulement contre eux et non pour eux? Où cette distinction se trouve-t-elle écrite dans la loi?

Nous n'avons qu'un seul texte qui définisse d'une manière générale les effets de la condition résolutoire, l'article 1183, suivant lequel la résolution accomplie remet les parties au même et semblable état que si la convention n'avait pas existé. Et cet article trouve son commentaire naturel dans une foule de dispositions particulières, éparses dans nos codes, qui en

contiennent l'application. Ne suffit-il pas pour résoudre notre question? Puisque les parties doivent être remises au même et semblable état que si la convention résolue n'avait pas existé, ne s'ensuit-il pas que la confusion cesse, et que l'obligation renaît avec l'hypothèque, après la résolution?

La loi fait-elle une différence entre la condition résolutoire tacite et la condition résolutoire expresse? Elle n'en fait aucune.

Distingue-t-elle, en ce qui touche les effets rétroactifs de la résolution, la partie contre laquelle elle a été prononcée et celle qui l'a fait prononcer? Elle ne fait aucune distinction; et elle ne pouvait en faire, car alors il ne serait pas vrai que les parties fussent remises au même et semblable état qu'auparavant.

L'article 958, il est vrai, contient une exception au principe de la rétroactivité, et cette exception semble même dirigée contre le donateur, puisque la révocation pour cause d'ingratitude ne préjudicie point aux aliénations faites par le donataire, ni aux hypothèques et autres charges réelles qu'il a pu imposer sur l'objet de la donation.

Veut-on faire durer les effets de la confusion à titre de peine? Mais la loi ne prononce pas cette peine exorbitante. Il suffit que le juge puisse, dans les termes de droit, prononcer des dommages et intérêts.

Dira-t-on que la condition est censée accomplie, lorsque c'est le débiteur qui en a empêché l'accomplissement? Mais il faudrait établir que la loi tient pour défaillie la condition résolutoire qui s'est accomplie par le fait du débiteur. Or, elle n'a posé nulle part un pareil principe; loin de là, elle régit par l'article 1183 la condition résolutoire tacite, résultant de l'inexécution des engagements.

Mais, après tout, dit-on, le donataire et l'acquéreur avaient acquis un droit irrévocable; il ne tenait qu'à eux de les conserver en ne s'exposant pas à la résolution. Cette résolution est donc, à leur égard, volontaire. Sans doute, lorsque les par-

ties conviennent entre elles de résoudre un contrat définitif et irrévocable de sa nature, ou qu'elles le soumettent après coup à une condition résolutoire, elles ne peuvent, par cet acte de leur seule volonté, effacer, au préjudice des tiers, les effets de la confusion accomplie. La résolution est alors essentiellement volontaire; elle ne se rattache à aucune cause antérieure, inhérente au contrat lui-même; elle n'a sa cause que dans la volonté pure des parties qui, à l'égard des tiers, font plutôt un nouveau contrat qu'elles ne résolvent l'ancien. Que cette nouvelle convention ait, dans leurs rapports respectifs, la force d'une résolution; rien, en droit, ne s'y oppose, si elle n'est contraire, ni à la loi, ni à l'ordre public. Mais, à l'égard des tiers, il en est autrement. Elle ne peut leur préjudicier, et elle leur nuirait si, par l'effet rétroactif de la résolution, l'hypothèque, éteinte par la confusion des qualités de créancier et de propriétaire de l'immeuble hypothéqué, venait plus tard à reparaître.

Le caractère essentiel et distinctif de la résolution volontaire est donc qu'elle émane de la volonté commune des parties, sans que sa cause, toujours postérieure à la convention, puisse se rattacher aux causes du contrat. Et par faits postérieurs, par cause postérieure, il ne faut pas entendre ici les faits survenus plus tard, s'ils ont fait eux-mêmes, dès le principe, l'objet d'une stipulation expresse ou tacite, bien qu'ils semblent établir des actes plus ou moins volontaires de la part de l'une ou de l'autre des parties.

Or, peut-on dire que la résolution est volontaire, lorsqu'elle est prononcée contre un donataire pour cause d'ingratitude, contre un acquéreur pour cause d'inexécution de ses engagements? Loin d'être volontaire elle est forcée; car elle se poursuit malgré la personne contre laquelle elle est dirigée, *contra invitum et non volentem*. Qu'importe qu'il y ait faute de sa part? C'est une question de dommages et intérêts; et d'ailleurs cette prétendue faute peut être autant impuissance que volonté.

On pourrait même soutenir, avec plus d'apparence de raison, qu'elle est plutôt volontaire de la part du poursuivant. La première et principale action qui lui appartient, est une action en payement; l'action en résolution est extrême. Celui qui n'exécute pas ses engagements s'expose donc, avant tout, à l'action en payement, et à toutes les poursuites en exécution qui en sont les conséquences. Dans ce cas, la confusion est maintenue également pour ou contre chaque partie. Mais si le créancier préfère l'action en résolution, pourquoi, encore une fois, les contractants ne seraient-ils pas remis au même et semblable état que si la convention n'avait jamais existé?

La cause de la résolution, telle que nous la supposons, est sans doute postérieure au contrat; il ne peut même en être autrement. Mais elle a été tacitement prévue dans la convention elle-même par la loi qui supplée le silence des parties. C'est comme si elles avaient expressément stipulé la résolution pour cause d'ingratitude ou d'inexécution des engagements. Pour être postérieure à la convention, elle ne lui est donc pas moins inhérente : et cela est si vrai que l'on n'hésite pas à attribuer à la résolution, à l'égard du poursuivant, tous ses effets rétroactifs ordinaires. Pourquoi ne pas les reconnaître également à l'égard de celui contre lequel elle est prononcée? Les effets de la résolution ne sont-ils pas égaux et réciproques?

Mais il existe des conditions résolutoires expressément convenues, où à coup sûr, une plus large part est laissée à la volonté. Si je vais à Paris, voilà une condition potestative dont l'accomplissement produit des effets rétroactifs et efface la confusion. Serait-ce parce qu'elle a été expressément stipulée? Mais l'autre y est sous-entendue, ce qui équivaut à une mention expresse? Parce que le vendeur s'en est rapporté à l'acquéreur, quant à l'accomplissement de cette condition? Mais il s'en est rapporté de même quant à l'autre, et de plus il a une action en payement (1)?

(1) DURANTON, t. 20, n° 357. — GAUTHIER, n°s 293 et suiv. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 421, 1re édit., et t. 4, p. 242, 4e édit.

Ajoutons qu'il paraît contraire à l'équité que la confusion qui, dans ce cas, n'a rien d'incommutable, prive néanmoins, après sa cessation, un légitime créancier de son droit hypothécaire. En effet, si les autres créanciers sont antérieurs, que leur importe son maintien? Et, s'ils sont postérieurs, primés qu'ils étaient par un droit préférable, ils n'ont dû compter sur la confusion que si elle résultait d'un contrat irrévocable et non résoluble, à moins que le créancier, sur la foi trompeuse de la confusion, n'ait donné mainlevée de son hypothèque ou négligé de prendre régulièrement inscription.

19. En est-il de même, lorsque l'adjudicataire ayant hypothèque sur l'immeuble saisi est plus tard exproprié par la voie de la folle enchère? Peut-il se faire colloquer à l'ordre, suivant son rang hypothécaire?

Pour l'affirmative, il suffit de rappeler que la folle enchère opère la résolution de la vente (1); que la première adjudication est effacée; que la revente constitue la vente unique, comme s'il n'y avait pas eu d'adjudication antérieure : D'où la conséquence qu'on ne peut opposer au fol enchérisseur aucune confusion, puisque le fait d'où on prétend la faire résulter est censé n'avoir jamais existé. Si donc il n'y a eu aucune confusion, son droit hypothécaire renaît.

Il y a mieux; à proprement parler il ne s'agit pas de résurrection d'hypothèque. La première adjudication avec laquelle la revente se confond, a réalisé le gage et converti la chose en argent. L'immeuble est purgé de droit; l'hypothèque s'est évanouie; et il ne s'agit plus que de distribuer le prix, suivant les causes de préférence existantes au moment où l'adjudication a eu lieu. Ce n'est pas le cas de dire que nul ne peut avoir d'hypothèque sur sa propre chose, puisqu'il ne s'agit plus de gage à réaliser, mais de prix à distribuer. Toute la question est de savoir si le fol enchérisseur conserve son droit

(1) Voy. art. 1184, n° 16.

de préférence sur le prix, comme créancier personnel. On ne peut donc parler de confusion, de la réunion dans les mêmes mains de la propriété et de l'hypothèque, par la double raison que la propriété est censée n'avoir jamais été acquise, et que l'hypothèque n'existe que comme cause de préférence. Or, cette préférence, pourquoi la contesterait-on?

Si l'ordre a été clos avant la folle enchère, le fol enchérisseur y aura été colloqué comme créancier, nonobstant toute prétendue confusion. Survient la folle enchère; le nouvel adjudicataire se soumet, comme lui, à payer les créanciers dans l'ordre convenu ou jugé. Toutes les obligations du fol enchérisseur se reportent sur lui, pour qu'il les exécute à sa place. Rien n'est changé à l'ordre dont la revente a pour but, au contraire, d'assurer l'exécution (1). Or, s'il doit être maintenu et exécuté, il faut qu'il le soit également envers le fol enchérisseur.

Mais, comme l'ordre ne fait que reconnaître et classer les rangs, sans les créer, il importe peu que sa confection soit antérieure ou postérieure à la folle enchère, puisque, dans l'un comme dans l'autre cas, aucune confusion n'a pu exister, du moment que l'hypothèque sur l'immeuble s'était convertie en une simple préférence sur le prix. Nous en déduisons plusieurs conséquences.

Le fol enchérisseur reçoit le montant de sa collocation, comme s'il était demeuré adjudicataire, sauf néanmoins compensation entre ce qui lui est dû et ce qu'il doit pour différence de prix, jusqu'à due concurrence, puisqu'il est tout à la fois débiteur et créancier de sommes liquides et exigibles. Cette compensation profite ainsi aux créanciers sur lesquels la folle enchère aurait fait manquer les fonds.

De même l'acquéreur volontaire fait valoir sa créance hypothécaire, après résolution, sauf aussi compensation jusqu'à

(1) Voy. art. 1184, *ibid.*

concurrence entre ce qui lui est dû et ce qu'il peut devoir à titre de dommages et intérêts.

Si l'un et l'autre ont payé des créanciers hypothécaires, comme subrogés, ils feront valoir les mêmes droits et les exerceront de la même manière, à moins qu'une clause pénale du cahier des charges ou de l'acte de vente n'ait interdit toute répétition de sommes payées en exécution du contrat (1).

Ils peuvent valablement céder leurs créances, avant ou après la résolution ou la folle enchère, avec cette différence que, si la cession n'a eu lieu qu'après, la créance est diminuée d'autant par compensation avec la différence de la revente ou avec les dommages et intérêts; tandis que si la cession a eu lieu auparavant, on ne peut faire réduire la créance du fol enchérisseur, sous prétexte qu'il y a à déduire la différence, parce que la compensation n'ayant lieu qu'entre dettes également liquides et exigibles, le fol enchérisseur était, au moment de la cession notifiée ou acceptée, seulement créancier, et n'est devenu débiteur que plus tard. Il ne doit, en effet, payer la différence du prix qu'à titre de dommages et intérêts. Dès lors, on ne saurait les rattacher à l'adjudication résolue, pour en faire la dette d'une quotité du prix. Donc cette dette n'étant pas née au moment de la cession faite de bonne foi, il n'y a pas à réduire la créance cédée, soit que l'ordre ait été fait ou non au moment de la cession. Dans l'un et l'autre cas, la substitution d'un créancier à un autre, avant que la différence ou les dommages et intérêts fussent exigibles, a rendu désormais impossible la compensation (2).

20. La confusion opérant une impuissance réelle d'agir, suspend le cours de la prescription. Si la créance renaît après que les causes qui avaient amené la confusion ont disparu, on ne doit point compter pour la prescription le temps qu'elle a duré (3).

(1) Cass., 24 fév. 1846. Sirey, 46, 1, 279.
(2) Cass., 24 juin 1846. Sirey, 47, 1, 563.
(3) Troplong, *Prescript.*, nº 726.

ARTICLE 1301.

La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal profite à ses cautions. — Celle qui s'opère dans la personne de la caution n'entraîne point l'extinction de l'obligation principale. — Celle qui s'opère dans la personne du créancier ne profite à ses codébiteurs solidaires, que pour la portion dont il était débiteur.

Sommaire.

1. Confusion des qualités de débiteur principal et de créancier,
2. De créancier et de caution,
3. De caution et de débiteur principal,
4. De débiteur et de certificateur de caution.
5. L'extinction du cautionnement n'atteint point l'action hypothécaire.
6. Le cautionnement subsiste, si le débiteur principal avait une exception personnelle.
7. Du cas où une caution succède à une autre caution;
8. Le certificateur de caution à la caution, et *vice versâ;*
9. Le créancier à l'un des codébiteurs solidaires;
10. Un codébiteur solidaire à un autre;
11. Le créancier solidaire à un autre cocréancier;
12. L'un des créanciers solidaires au débiteur;
13. La caution à l'un des créanciers solidaires;
14. Ou à l'un des codébiteurs solidaires;
15. Suite.

COMMENTAIRE.

1. La confusion, dans les limites où elle a lieu, produit l'extinction de l'obligation, non-seulement quant au principal, mais encore quant aux accessoires.

Il en résulte que la confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal profite à ses cautions (1301), c'est-à-dire que les cautions sont elles-mêmes libérées, lorsque les qualités de créancier et de débiteur principal sont réunies dans la même personne. Comment peut-on, en effet, être caution de

quelqu'un envers lui-même? Comment peut-on rester caution quand il n'y a plus de principal obligé (1)? Indépendamment de la raison tirée de l'extinction de l'obligation, on peut dire que l'action du créancier contre les cautions, se compense avec le recours dont il est tenu envers elles en sa qualité de débiteur principal. Il ne peut donc intenter une action fondée sur un droit qui se trouve neutralisé d'ailleurs par son obligation.

2. Mais la confusion qui s'opère dans la personne de la caution, n'entraîne point l'extinction de l'obligation principale (1301). La personne qui réunit sur sa tête les qualités de caution et de créancier, peut poursuivre en payement le débiteur principal qui ne se trouve point alors libéré (2). Car l'obligation principale peut subsister sans cautionnement. Dans ce cas, la confusion qui s'opère en la personne de la caution, n'a d'autre effet que d'entraîner l'extinction du cautionnement, nul ne pouvant être caution de sa propre créance envers soi-même.

Si, avant la confusion opérée, la caution avait payé quelque chose à raison de son cautionnement, elle aurait pour cette cause et à ce titre action contre le débiteur principal.

3. La confusion opérée dans la personne du débiteur principal qui réunit les qualités de débiteur et de caution, éteint seulement le cautionnement, et laisse subsister l'obligation principale qui en est indépendante (3). Il ne peut plus dès lors être poursuivi que comme débiteur principal, sans qu'il puisse opposer les exceptions qui lui auraient appartenu en qualité de caution.

Mais le créancier, malgré l'extinction du cautionnement, n'en a pas moins le droit d'exercer les actions que le débiteur

(1) L. 38, § 1. — L. 34, § 8. — L. 71, *ff. De fidejuss.*

(2) L. 71, *ff. De fidejuss.*

(3) L. 93, § 2 et 3, *ff. De solut.* — L. 24, C. *De fidejuss.* — L. 5, *ff. De fidejuss.*

en qui la confusion s'est opérée peut lui-même faire valoir, du chef de la caution dont il confond sur sa tête les obligations et les droits. Car si cette confusion peut être avantageuse au créancier, elle ne peut lui être préjudiciable (1). C'est ainsi que dans le cas où le débiteur principal succède à la caution, le créancier, une femme mariée, par exemple, concerve le bénéfice de l'hypothèque conventionnelle que la caution a constituée (2).

4. Cette même confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal et de sa caution, lorsqu'ils deviennent héritiers l'un de l'autre, n'éteint point l'action du créancier contre celui qui s'est rendu caution de la caution (2035). Les jurisconsultes romains étaient partagés sur cette question (3). Sabinus, contre l'avis de Proculus, prétendait que l'engagement du certificateur de caution, n'étant qu'accessoire au cautionnement qui, par rapport à lui, est l'engagement principal, devait s'évanouir avec lui. Mais cet aperçu manque de justesse ; car il est évident que l'obligation du certificateur de caution accède à l'obligation principale, puisqu'il se charge de l'acquitter si, par un motif quelconque, la caution ne paye pas elle-même (4).

Dans ce cas encore, le cautionnement est éteint, nul ne pouvant être à la fois caution et débiteur principal de la même dette. Il n'y a du moins d'autre cautionnement que celui qui a été contracté par l'arrière-caution.

5. Toutefois, l'extinction du cautionnement ne s'applique qu'à l'engagement personnel contracté par la caution en cette qualité. Car si elle a donné en outre un gage, une hypothèque, les actions qui en résultent subsistent, nonobstant la confusion.

(1) Riom, 5 août 1840. Sirey, 40, 2, 492.
(2) Rouen, 19 nov. 1874. Sirey, 76, 2, 326.
(3) L. 38, § 5. — L. 93, § 3, *ff. De solut.*
(4) Pothier, *Oblig.*, n° 383. — Toullier, t. 7, n° 126. — Troplong, *Caut*., n° 488.

C'est qu'il n'y a rien de contradictoire et d'incompatible dans l'existence simultanée d'une obligation personnelle et d'une obligation hypothécaire ou privilégié (1).

6. Quand nous disons que le cautionnement est éteint par la confusion qui résulte de la réunion dans la même personne des qualités de débiteur principal et de caution, nous supposons que l'engagement de la caution n'est pas supérieur à l'engagement du débiteur principal. Car si ce dernier avait à faire valoir contre son obligation une exception personnelle tirée, par exemple, de son état de minorité, le cautionnement subsisterait (2). Il ne saurait, en effet, y avoir dans ce cas aucun concours de qualités incompatibles, puisque l'engagement du débiteur principal étant sujet à rescision ou à annulation, il est plus vrai de dire qu'il ne reste que l'engagement de la caution. D'ailleurs cette confusion n'est pas celle que l'article 1300 présente comme éteignant l'obligation.

7. Lorsqu'une caution succède à une autre caution de la même dette, elle cumule sur sa tête, sans les confondre, ces deux obligations semblables. Leur égalité même en empêche la confusion. Il n'y a rien de plus commun en droit que de voir la même personne tenue d'une obligation semblable de son chef d'abord, et puis du chef de son auteur (3).

Il en résulte que le créancier qui la poursuit doit agir contre elle à l'un et à l'autre titre, comme obligée de son chef personnel et du chef de son auteur. Car s'il ne la poursuivait qu'à l'un de ces titres seulement, et qu'en la qualité suivant laquelle elle est poursuivie elle eût une exception à faire valoir, l'action devrait être déclarée mal fondée, sauf au créancier à reprendre ses poursuites à un autre titre plus régulier.

(1) L. 38, § 5, *ff. De solut.*

(2) Zachariæ, t. 3, p. 166, 1re édit., et t. 4, p. 694, 4e édit. — Duranton, t. 18, no 375. — Toullier, t. 7, no 428. — Troplong, *Caut.*, nos 478 et suiv.

(3) L. 21, § 1, *ff. De fidejuss.*

Il s'ensuit encore que la personne qui cumule sur sa tête les obligations de plusieurs cautions doit, soit que l'exception de division soit proposée ou non, supporter dans le payement de la dette et dans la répartition des insolvabilités, une part contributoire proportionnelle aux engagements dont elle est tenue, comme caution, tant de son chef personnel que du chef de son auteur.

8. Quand le certificateur de caution succède à la caution qu'il a cautionnée, son engagement s'éteint également par confusion, à moins que la caution n'ait une exception personnelle à faire valoir, ou qu'il n'ait contracté une obligation hypothécaire.

Si la caution succède à son certificateur, l'engagement de ce dernier est aussi éteint par la confusion, à moins qu'elle n'ait de son chef une exception personnelle à faire valoir contre son cautionnement. Elle reste alors obligée du chef de sa caution.

9. La confusion qui s'opère dans la personne du créancier ne profite à ses codébiteurs solidaires, que pour la portion dont il était débiteur (1301). L'article 1209 contenait déjà une disposition semblable en termes plus explicites. Lorsque l'un des débiteurs, dit-il, devient héritier unique du créancier, ou lorsque le créancier devient l'unique héritier de l'un des débiteurs, la confusion n'éteint la créance solidaire que pour la part et portion du débiteur ou du créancier. Ainsi, la personne sur la tête de laquelle se sont confondues les qualités de créancier et de débiteur d'une obligation solidaire, conserve son action solidaire contre les autres codébiteurs, sous la seule déduction de la part confuse en lui, pour laquelle il doit contribuer dans le montant de la dette et la répartition des insolvabilités. Nous renvoyons, au surplus, à notre commentaire de l'article 1209.

10. Si un débiteur solidaire succède à l'autre, il cumule les

obligations, sans les confondre, pour la portion suivant laquelle il succède. Ces engagements restent même distincts et séparés, de telle sorte qu'il peut faire valoir les exceptions qui lui compètent personnellement, ou du chef du codébiteur auquel il a succédé, suivant qu'il est poursuivi en l'une ou en l'autre qualité (1).

Nous disons que dans ce cas les engagements se cumulent sans se confondre; qu'il nous suffise de donner en entier le texte de la loi romaine (2), dans laquelle Ulpien développe son opinon. Nous traduisons : « Julien dit d'une manière générale que celui qui succède au débiteur pour lequel il s'était engagé, est libéré du chef de son engagement accessoire, et qu'il reste seulement obligé comme héritier de l'obligé principal. Enfin il a écrit que la caution qui succède au débiteur principal reste obligée au seul titre d'engagé principal, mais qu'elle est libérée de son cautionnement. Quant à l'obligé principal succédant à un obligé principal, il cumule les deux causes d'engagements; on ne peut, en effet, reconnaître quelle obligation éteint l'autre de préférence. Mais on la reconnaît dans le concours des qualités de caution et d'obligé principal, parce que l'engagement de ce dernier est plus complet. Là où il existe une différence dans les obligations, on peut établir que l'une éteint l'autre. Mais quand elles sont toutes deux de même force, on ne peut reconnaître pourquoi l'une plutôt que l'autre serait absorbée. Julien rapporte ces observations à un cas où il veut montrer qu'il n'est pas étrange que deux obligations concourrent dans la même personne; et ce cas, le voici : Si un débiteur principal succède à un autre débiteur principal solidaire, il cumule les deux obligations. En voici un autre : Si un créancier succède à un autre créancier solidaire, il cumule les deux espèces de droits. »

11. Nous n'ajouterons qu'une observation sur ce dernier

(1) Voy. art. 1209, nº 5.
(2) L. 5, *ff. De fidejuss.*

point; c'est que le créancier solidaire qui cumule ainsi sur sa tête les droits d'un autre, pourra, à son choix, agir pour le tout contre le débiteur, en son nom ou au nom de celui auquel il a succédé. Mais si l'un ou l'autre a fait remise (1198), ou déféré le serment (1365), l'action devra être réduite, puisque le débiteur est libéré pour une part, soit qu'elle soit intentée du chef de tel ou tel.

12. Lorsque la même personne réunit sur sa tête les qualités de créancier solidaire et de débiteur, la confusion n'éteint la créance solidaire que pour sa part. Quant au surplus, les autres créanciers peuvent en poursuivre le payement, comme si aucune confusion ne s'était opérée.

13. Si la personne qui a cautionné une dette envers des créanciers solidaires succède à l'un d'eux, elle reste obligée, à titre de caution, envers les autres, pour tout ce qui excède la part qu'elle prend du chef de son auteur. Car il n'y a rien d'incompatible entre les qualités qu'elle réunit.

14. De même, la personne qui a cautionné plusieurs codébiteurs solidaires, succédant à l'un d'eux, cesse sans doute d'être caution pour la part suivant laquelle elle succède, car elle ne peut être sa propre caution; mais elle reste caution des autres, parce que cette qualité n'est point contradictoire avec son engagement personnel.

Il s'ensuit que, si, réunissant ainsi la qualité de caution et de codébiteur solidaire, elle déclare payer en qualité de caution, elle a contre chacun des autres codébiteurs, dont elle demeure caution, un recours pour la répétition du total de ce qu'elle a payé, moins sa part contributive dans la dette et dans les insolvabilités. Mais si elle avait payé comme codébiteur, ce qui résulterait de son seul silence, elle n'aurait qu'un recours divisé contre les autres, suivant leur part et portion dans la dette (2030, 1214) (1).

(1) Voy. DURANTON, t. 12, n° 477.

15. Quant à la caution qui succède à l'un des créanciers solidaires, elle a, du chef de celui-ci, une action contre le débiteur. Ce dernier, nonobstant l'extinction du cautionnement pour la part de la caution dans la créance solidaire, reste toujours tenu du payement de la dette, comme obligé principal (1).

SECTION VI.

DE LA PERTE DE LA CHOSE DUE.

Article 1302.

Lorsque le corps certain et déterminé qui était l'objet de l'obligation vient à périr, est mis hors du commerce, ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, l'obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur, et avant qu'il fût en demeure. — Lors même que le débiteur est en demeure, et s'il ne s'est pas chargé des cas fortuits, l'obligation est éteinte dans le cas où la chose fût également périe chez le créancier, si elle lui eût été livrée. — Le débiteur est tenu de prouver le cas fortuit qu'il allègue. — De quelque manière que la chose volée ait péri ou ait été perdue, sa perte ne dispense pas celui qui l'a soustraite de la restitution du prix.

Sommaire.

1. Dispositions générales de l'article 1302.
2. Il faut un corps certain et déterminé,
3. Ou faisant partie d'objets certains et déterminés.
4. Renvoi pour les obligations alternatives.

(1) Voy. Toullier, t. 7, nos 424 et suiv. — Duranton, t. 12, nos 471 et suiv.

5. Renvoi pour les assignats démonstratifs et limitatifs.
6. L'objet peut être ultérieurement déterminé.
7. Quand il y a impossibilité physique ou légale de payement.
8. De l'accession et de la spécification.
9. La perte doit arriver sans la faute du débiteur et avant sa mise en demeure.
10. Autrement, l'obligation subsiste. En quel sens?
11. *Quid,* si la chose fût également périe chez le créancier?
12. Le débiteur doit prouver le cas fortuit.
13. Il peut purger sa demeure. Observation.
14. Exception en cas de vol.
15. En quoi consiste l'extinction de l'obligation de donner.
16. L'article 1302 s'applique aux obligations de faire.
17. Observations sur l'extinction de ces dernières obligations.
18. Application de l'article 1302 aux contrats aléatoires.

COMMENTAIRE.

1. Par les termes généraux dans lesquels est rédigée la rubrique, cette section s'applique également aux obligations de donner et aux obligations de faire. Cependant, les articles 1302 et 1303 sont conçus de telle manière qu'ils ne sont évidemment relatifs qu'aux obligations de donner. Nous aurons donc à suppléer ici le silence du Code, touchant les obligations de faire.

2. On voit par le texte de l'article 1302, que le Code fait dépendre l'extinction de l'obligation de l'existence simultanée de plusieurs conditions, sur lesquelles nous devons particulièrement insister.

Il faut, avant tout, que l'objet de l'obligation consiste dans un corps certain et déterminé; autrement on ne pourrait dire qu'il a péri, qu'il s'est perdu, puisque, étant partout, il n'est précisément nulle part. Ainsi, je vous promets un cheval, cent hectolitres de blé, dix pièces de vin; l'objet de mon obligation consiste dans une chose uniquement déterminée quant à sa quantité et à son espèce; c'est une obligation de genre, *obligatio generis*. Or, comme un genre, une collection d'individus semblables ne périt jamais, *genus nunquàm perit,* il s'ensuit

que mon obligation n'est pas éteinte par la perte d'une quantité plus ou moins grande d'objets du même genre que la chose qui fait la matière de mon obligation. Elle a toujours son objet, puisque son indétermination empêche de dire que ce soit précisément la chose due qui ait péri. Il faudrait, pour cela, que le genre tout entier ne fût plus susceptible de faire l'objet d'une convention valable; ce qui peut arriver lorsqu'il est soustrait du commerce, et devient un objet illicite de contrat, de licite qu'il était auparavant.

3. Si l'objet du contrat, quoique indéterminé par lui-même, faisait partie d'une quantité de choses certaines et déterminées, et que toutes ces choses vinssent à périr ou se perdre, l'obligation serait éteinte; car, de toute nécessité, l'objet particulier du contrat aurait été compris dans la perte totale (1).

4. L'objet de la convention peut être indéterminé, en ce que l'obligation comprend alternativement plusieurs choses. Nous avons vu, sous l'article 1193, l'influence de cette alternative, en cas de perte, sur l'extinction de l'obligation.

5. Nous renvoyons encore à ce que nous avons dit sous l'article 1168, des assignats démonstratifs et limitatifs, c'est-à-dire des clauses qui indiquent à l'objet du contrat une origine et une provenance particulières, tantôt pour faire comprendre, à titre de démonstration, que les choses indiquées serviront de préférence à payer, *nudè potius solvatur*, et tantôt, à titre de limitation et d'exclusion, que ces choses serviront à payer en tout et pour tout, sans qu'on puisse en prendre ailleurs, même de semblables. Alors donc que l'assignat sera limitatif, la perte de la chose indiquée, même sa non existence, entraînera l'extinction de l'obligation, puisque la chose due s'y trouve comprise; alors, au contraire, que l'assignat sera démonstratif, la perte des choses indiquées n'entraînera pas l'extinction de

(1) L. 37, *ff. De verb. oblig.*

l'obligation, puisqu'il n'y a pas exclusion des autres choses, lesquelles font également l'objet du contrat.

6. Remarquons ici que l'objet de l'obligation, indéterminé dans le principe, peut être devenu déterminé et certain, avant sa perte, par un fait ultérieur. Ainsi, le débiteur, sous une clause alternative d'un cheval ou de trois cents francs, détermine l'objet en offrant le cheval. De même, le créancier d'un cheval ou de vingt hectolitres de blé, alternativement à son choix, détermine le sujet de l'obligation en demandant le cheval.

Si le débiteur avait offert les trois cents francs, ou le créancier demandé les vingt hectolitres de blé, ils auraient sans doute l'un et l'autre déterminé l'objet de la convention, en ce sens qu'il n'y aurait plus d'alternative; mais la chose due n'en serait pas moins incertaine et indéterminée, en ce sens qu'elle consisterait dans un genre, argent ou blé.

Ajoutons que l'objet du contrat consistant dans une quantité de choses d'une certaine espèce, comme dix hectolitres de blé, deux chevaux, trois pièces de vin, se détermine et s'individualise par le mesurage, le pesage, l'offre ou la demande, la marque; de telle sorte que la perte survenue postérieurement est, dorénavant, celle d'un corps certain et déterminé.

7. Comme seconde condition exigée par l'article 1302, il faut, pour que l'obligation soit éteinte, que la chose soit périe, mise hors du commerce, ou perdue de manière qu'on en ignore absolument l'existence; ce qui comprend tous les cas où la prestation qui fait la matière de l'obligation, devient physiquement ou légalement impossible. L'obligation tombe alors dans un de ces cas où elle n'aurait pas pu naître, et où elle ne peut être exécutée : *Obligatio quamvis ab initio rectè constituta, extinguitur, si inciderit in eum casum à quo incipere non poterat* (1).

(1) L. 140, § 2, *ff. De verb. oblig.*

8. Si les choses qui faisaient la matière du contrat ne sont ni péries, ni perdues, mais qu'elles aient subi l'accession de choses mobilières ou immobilières, ou un travail de spécification, les droits des parties doivent alors être réglés d'après les articles 552 et suivants, et 565 et suivants.

9. Il faut enfin que la chose soit périe, mise hors du commerce, perdue de manière qu'on en ignore absolument l'existence, sans la faute du débiteur et avant qu'il fût en demeure, ce qui revient à dire, par cas fortuit ou force majeure (1148), par une cause étrangère qui ne peut lui être imputée (1147), toujours avant qu'il fût constitué en demeure.

Comme nous avons expliqué, sous l'article 1148, ce qu'on doit entendre par cas fortuit, force majeure ou cause étrangère non imputable, nous nous bornons à y renvoyer le lecteur.

Nous renvoyons de même aux articles 1139 et 1146, où nous avons parlé de la mise en demeure de l'obligé.

Moyennant ces conditions réunies, détermination de la chose, sa perte ou sa soustraction du commerce, absence de faute et de mise en demeure, l'obligation est donc légalement éteinte. Mais ces conditions doivent toutes exister d'une manière simultanée.

10. Si, en effet, le débiteur était en demeure, la chose serait à ses risques et périls (1138); d'où la conséquence qu'il serait encore obligé.

Si la chose était périe, perdue, soustraite du commerce, par la faute, le fait ou sur la provocation du débiteur, son obligation ne serait pas non plus éteinte. Car, dans ce cas, il n'y a pas réellement cas fortuit, force majeure, cause étrangère non imputable.

Mais il ne suffit pas d'une faute quelconque de la part du débiteur pour qu'il continue d'être obligé. Sa faute doit être en relation, comme cause directe et prochaine, avec la perte de la chose ou sa soustraction du commerce. Elle doit être telle que sans elle l'événement ne serait pas arrivé (1807).

La seule manière, au surplus, dont l'obligation subsiste dans ce cas, c'est qu'elle se convertit en dommages et intérêts, à défaut d'une autre exécution possible.

Il en est de même lorsque, en l'absence de toute faute de sa part, le débiteur s'est chargé des cas fortuits.

11. Cependant, lors même que le débiteur est en demeure, et s'il ne s'est pas chargé des cas fortuits, l'obligation est éteinte dans le cas où la chose fût également périe chez le créancier, si elle lui eût été livrée. Et cette extinction de l'obligation est si parfaite qu'il n'y a même pas lieu à des dommages et intérêts. Cette disposition de l'article 1302 est fondée sur ce principe souverain d'équité, que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui (1). D'ailleurs l'obligation ne pouvant se perpétuer par la mise en demeure, que sous forme de dommages et intérêts, le créancier n'y a aucun droit, puisqu'il n'éprouve aucun préjudice.

Quant à la question de savoir si la chose fût également périe chez le créancier, c'est un point de fait dont l'appréciation dépend des circonstances.

12. Le débiteur est alors tenu de prouver le cas fortuit qu'il allègue (1303). Cette disposition est l'expression du droit commun (2). Son obligation étant prouvée d'un côté, il doit, en effet, prouver, d'autre part, le fait qu'il prétend avoir produit l'extinction de son engagement (1315). Demandeur, quant à cette exception de libération, la preuve incombe à sa charge.

Voyez, du reste, l'article 1148, en ce qui concerne la distinction que nous avons faite, quant à la charge de prouver le cas fortuit allégué, entre les cas fortuits en eux-mêmes et ceux qui ne sont pas exclusifs de toute idée de faute.

(1) L. 47, § *ult.*, *ff. De leg.*, 1°. — L. 12, § 4, *ff. Ad exhi.* — L. 15, § *ult.*, *ff. De rei vind.*

(2) Voy. art. 1784, 1808.

13. Si le débiteur purgeait sa demeure, soit par des offres satisfactoires, soit par une convention ultérieurement faite avec son créancier et que la chose vînt ensuite à périr, l'obligation serait éteinte, comme s'il n'avait pas été mis du tout en demeure. Et, dans le fait, il ne l'est plus. Il n'a donc alors qu'à prouver le purgement de sa mise en demeure et l'existence du cas fortuit, sans avoir besoin d'établir que la chose fût également périe entre les mains du créancier, s'il l'avait payée.

Alors même qu'il serait chargé des cas fortuits, en faisant des offres valables suivies de consignation (1), il en serait déchargé, et ne serait désormais responsable que de sa faute. En ce sens, la mise en demeure n'équivaut pas à faute.

En effet, la faute commise par le débiteur a des conséquences irrémissibles que n'a pas sa mise en demeure. Dans le cas d'une simple mise en demeure, il peut se justifier en prouvant que la chose serait également périe chez le créancier; tandis que s'il a commis une faute, tout moyen de justification lui est enlevé. Par exemple, si l'emprunteur emploie la chose à un autre usage ou pour un temps plus long qu'il ne le devait, il sera tenu de la perte arrivée, même par cas fortuit (1881). Mais remarquons qu'il faut qu'il l'emploie; c'est seulement alors qu'il est en faute. S'il se bornait à la garder, sans l'employer, comme un cheval dans ses écuries, quoique constitué en demeure, il pourrait invoquer l'article 1302, § 2.

Notons encore que la faute n'engage irrémissiblement la responsabilité du débiteur, que dans le cas où elle est en relation avec la perte de la chose due, pour en avoir été, sinon la cause, au moins l'occasion. L'emprunteur qui détourne la chose de son usage convenu, pourra donc décliner toute responsabilité de sa part, en prouvant que la chose fût également périe chez le créancier ou chez lui-même, par une force

(1) Voy. art. 1257, n° 10.

majeure absolument indépendante de l'usage illégitime qui en a été fait (1).

14. Par exception aux principes généraux et en haine des voleurs, de quelque manière que la chose volée ait péri ou ait été perdue, sa perte ne dispense pas celui qui l'a soustraite de la restitution du prix. Le voleur est, en effet, mis en demeure, du jour de son vol (2).

Les termes de l'article 1302 indiquent même qu'il n'est pas admis à prouver que la chose fût également périe entre les mains du propriétaire. La loi repousse toute excuse et l'oblige à payer la valeur de la chose, de quelque manière qu'elle ait péri ou ait été perdue. Ces mots absolus, de quelque manière, qui se réfèrent plutôt au mode qu'au temps, ne permettent de faire aucune distinction, soit entre les cas où il y a mise en demeure formelle et ceux où il n'y en a point, soit entre les cas où la perte est arrivée par la faute du débiteur ou sans sa faute, quel que soit le caractère de l'événement fortuit (3).

L'article 1302 suppose que la chose volée a péri ou a été perdue en totalité. Si elle avait été simplement détériorée, et que le voleur établît que ces détériorations fussent également arrivées en cas que la chose fût restée chez le propriétaire, il lui suffirait de la livrer dans l'état où elle se trouve, sans dommages et intérêts pour cette cause.

Il pourrait encore très certainement, comme tout débiteur, purger sa demeure par des offres satisfactoires ou une convention ultérieure. Il rentrerait alors dans le droit commun.

Comme les dispositions de l'article 1302 sont d'une rigueur exorbitante, il faut en restreindre l'application aux seuls cas de vol, et ne pas l'étendre à ceux d'escroquerie et d'abus de

(1) TROPLONG, *Prêt*, n° 101. — DURANTON, t. 17, n° 520.

(2) L. 20, *ff. De condict. furt.*

(3) POTHIER, *Oblig.*, n° 628. — TOULLIER, t. 7, n° 468. — MARCADÉ, art. 1303, n° 1. — *Contrà*, DURANTON, t. 12, n° 506. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 422, nte 6, 1re édit., et t. 4, p. 244, nte 6, 4e édit.

confiance, qui supposent un consentement tel quel de la part du propriétaire. Celui qui s'en serait rendu coupable ne devrait sans doute pas être mis en demeure, pour qu'il fût chargé des risques de la chose; car sa mauvaise foi suffit pour le constituer de droit en demeure. Mais, en cas de perte, il serait admis à prouver que la chose fût également périe entre les mains du créancier, si elle lui avait été restituée.

L'article 1302 ne faisant qu'établir une obligation purement civile à la charge du voleur, ses dispositions doivent être appliquées à ses héritiers qui le représentent passivement. Ils seront tenus, comme lui, de payer la valeur de la chose, de quelque manière et dans quelque temps qu'elle ait péri ou ait été perdue (1).

15. Voyons maintenant en quoi consiste l'extinction de l'obligation de donner, par suite de la perte de la chose due, de l'impossibilité physique ou légale d'en opérer la délivrance. Elle est éteinte en ce sens que le créancier ne peut plus la réclamer, puisqu'il n'existe plus rien qui puisse faire l'objet d'un payement. Ainsi, l'usufruitier, le dépositaire, l'emprunteur, le créancier gagiste, tout possesseur enfin de la chose d'autrui, tenu de la rendre à un temps donné, est libéré de cette obligation par la perte de la chose.

Mais si le débiteur est, dans ce cas, libéré de son obligation, il n'en conserve pas moins tous ses droits, chaque fois que les risques de la chose due sont à la charge de l'autre partie. Ainsi, le vendeur, l'échangiste, le donateur sous certaines charges, bien que libérés de l'obligation de délivrer la chose vendue, échangée, donnée, conserveront néanmoins le droit d'exiger le prix de vente, la chose promise en contre-échange, l'exécution des charges de la donation. C'est que la chose périe était passée, par l'effet du contrat, aux risques du stipulant, qui en subit personnellement la perte, sans y gagner d'ailleurs l'extinction de ses engagements.

(1) *Contrà*, TOULLIER, t. 7, nº 468.

Par la même raison, la société n'est pas rompue par la perte de la chose dont la propriété, au lieu d'être simplement promise *in futurum*, pour l'avenir, a été déjà apportée à la société (1867). La société, devenue propriétaire de cette chose, l'a prise à ses risques et périls, et l'associé n'en conserve pas moins intacts ses droits dans la société (1), pourvu, toutefois, qu'il ne se soit point chargé des cas fortuits, ou qu'il ne soit pas en demeure.

Comme le contrat de louage laisse la chose aux risques du bailleur, et que le preneur ne s'oblige à payer les fermages qu'à la condition qu'il pourra jouir, si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit; si elle n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou la résiliation même du bail. Dans l'un et l'autre cas, il n'y a lieu à aucun dédommagement (1722).

Mais il en est autrement d'une vente mobilière ou immobilière, ou d'une cession d'usufruit. L'usufruit étant une chose prise en bloc, *semel et simul*, comme disent les docteur, la chose soumise à l'usufruit est aux risques de l'usufruitier, en ce qui concerne ses droits, Il n'en doit donc pas moins payer le prix convenu (2).

Tout se réduit, en définitive, à une question de risques. Tant pis pour celui qui, ayant la chose à ses risques, vient à la perdre par cas fortuit, soit qu'elle fût dans ses mains ou dans celles de l'autre partie. Il n'en est pas moins tenu de satisfaire à ses engagements personnels.

16. L'obligation de faire s'éteint comme l'obligation de don-

(1) Quant à l'interprétation de l'article 1867; voy. TOULLIER, t. 7, n°s 451 et suiv. — DURANTON, t. 12, n°s 498 et suiv. — ZACHARIÆ, t. 3, p. 73, 1re édit., et t. 4, p. 568, 4e édit.—TROPLONG, *Société*, art. 1867. — DUVERGIER, DELANGLE, *Sociétés*.

(2) DURANTON, t. 12, n° 497.

ner, lorsque la prestation qui en était l'objet devient physiquement ou légalement impossible, par suite d'un cas fortuit, d'une force majeure, ou d'une cause étrangère non imputable, qui empêche ou prohibe l'exécution du fait promis. Dans sa plus large acception, la perte de la chose s'étend jusque-là.

C'est ainsi que, indépendamment des autres causes d'extinction expressément ou tacitement convenues, le louage d'ouvrage est dissous par la mort de l'entrepreneur, de l'architecte, de l'ouvrier (1795), ou par d'autres accidents qui frappent sa personne d'une incapacité permanente, comme une mutilation, une paralysie (1);

Le mandat, par la mort naturelle ou civile du mandataire, sa déconfiture, à plus forte raison sa faillite, son interdiction (2003), et par tout changement d'état qui le rendrait incapable d'accepter et d'accomplir ses obligations (2);

La société, par la mort naturelle ou civile, par l'interdiction légale ou judiciaire, la déconfiture (1865) ou la faillite (3), la mise sous la surveillance d'un conseil judiciaire de l'un des associés (4), enfin, suivant les circonstances, par une infirmité habituelle qui le rend inhabile aux affaires de la société (1871).

Quant aux obligations de faire qui ne rentrent point dans les termes de contrats nommés, celles qui sont toutes personnelles au débiteur, et ne peuvent indifféremment être accomplies par une autre personne, s'éteignent, suivant la distinction que nous avons faite sous l'article 1122 (5), par tout accident de force majeure qui rend le promettant incapable de les accomplir lui-même.

17. Mais il y a cette différence remarquable, quant aux effets

(1) Toullier, t. 7, n° 462.

(2) Pothier, *Mandat.*, n° 111. — Duranton, t. 18, n° 285. — Zachariæ, t. 3, p. 135, n^te 11, 1re édit., et t. 4, p. 654, n^te 15, 4e édit. — Troplong, *Mandat.*, n°s 744 et suiv.

(3) Merlin, Quest., v° *Société*, § 9. — Duranton, t. 17, n° 474.

(4) Duranton, t. 17, n° 474.

(5) N°s 11 et suiv.

de ce mode d'extinction, entre les obligations de donner et les obligations de faire : si les obligations de donner s'éteignent, en général, sans que pour cela le débiteur perde ses droits, l'extinction ainsi produite des obligations de faire, emporte extinction des droits du promettant. C'est que, en effet, dans le cas d'une obligation de donner, la chose due passant aux risques du stipulant, périt pour son compte sans le libérer, tandis que dans le cas d'une obligation de faire, la chose due, c'est-à-dire la prestation du fait, le travail, la main-d'œuvre, la façon, comme chose lui appartenant, reste aux périls et risques du débiteur. Si donc cette prestation devient impossible, même sans sa faute, il est déchargé de ses obligations sans dommages et intérêts, et en même temps déchu du bénéfice de sa stipulation. Il n'aura de droit qu'en proportion de ce qu'il aura fait, si l'obligation a déjà reçu un commencement d'exécution utile.

Nous retrouvons l'application de ces principes dans les dispositions des articles 1787 et suivants du Code civil.

Art. 1787 : « Lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matière. »

Art. 1788 : « Si, dans le cas où l'ouvrier fournit la matière, la chose vient à périr, de quelque manière que ce soit, avant d'être livrée, la perte en est pour l'ouvrier, à moins que le maître ne fût en demeure de recevoir la chose. »

Art. 1789 : « Dans le cas où l'ouvrier fournit seulement son travail ou son industrie, si la chose vient à périr, l'ouvrier n'est tenu que de sa faute. »

Art. 1790 : « Si, dans le cas de l'article précédent, la chose vient à périr, quoique sans aucune faute de la part de l'ouvrier, avant que l'ouvrage ait été reçu, et sans que le maître fût en demeure de le vérifier, l'ouvrier n'a point de salaire à réclamer, à moins que la chose n'ait péri par le vice de la matière. »

On voit que dans les deux cas, la perte de la chose emporte

pour l'ouvrier la perte de son salaire, parce que, jusqu'à réception de son travail ou mise en demeure pour le vérifier, ce travail est sa chose, et comme tel demeure à ses périls et risques.

18. Le principe posé dans l'article 1302 s'applique également aux contrats aléatoires. Les engagements de celui qui s'était chargé de la prestation des risques s'éteignent, lorsque, par suite d'un événement de force majeure, tel que le fait du prince, et placé en dehors des prévisions des parties au moment de la convention, les risques dont la prestation formait l'objet du contrat, ont été, en les considérant en eux-mêmes et abstraction faite de la circonstance que cette prestation est devenue plus difficile ou plus onéreuse pour l'obligé, complètement dénaturés et transformés au préjudice de ce dernier. L'objet même du contrat n'existe plus, il a péri, et sa perte a entraîné l'extinction des engagements du débiteur, à la différence du cas où, les risques restant exactement les mêmes, il y a seulement aggravation dans le payement. Il faut donc soigneusement distinguer ici ce qui n'est qu'une simple modification dans la prestation et la délivrance de la chose promise, eu égard au payement, de ce qui constitue, au contraire, la substitution de risques imprévus à des risques prévus, c'est-à-dire d'un objet tout différent à un autre objet qui a cessé d'exister.

En voici un exemple remarquable : En 1854, lors de la guerre d'Orient, une loi du 13 avril, rendue après le tirage au sort, mais avant la révision, éleva à cent quarante mille hommes le contingent précédemment fixé à quatre-vingt mille hommes, par une loi du 23 avril 1853, sur la foi de laquelle de nombreux contrats d'assurance avaient été passés. Question de savoir si ces contrats devaient encore recevoir leur exécution. De nombreux arrêts de Cours impériales (1)

(1) Paris, 26 mai 1854. Sirey, 54, 2, 376, et autres arrêts cités dans Sirey, 1856, 1, 129.

décidèrent qu'ils étaient résolus. Mais la Cour suprême, par un arrêt de cassation et six arrêts de rejet, rendus le même jour (1), décida qu'ils continuaient d'être obligatoires pour toutes parties. Voici le résumé des motifs de ces arrêts :

En droit, le contrat d'assurance, s'il ne peut être étendu à des risques non prévus par la convention, embrasse du moins, à défaut de stipulations restrictives, tous les risques inhérents à la convention, tels que la guerre ou ses conséquences, et la nécessité d'appeler un plus grand nombre d'hommes sous les armes. Si l'élévation du contingent a, depuis la convention, renversé les calculs de probabilité, et modifié les combinaisons de gain ou de perte, l'assureur ne peut en tirer objection contre la loi du contrat; c'était à lui à limiter son engagement, et à le restreindre à des chances déterminées. Il y avait, d'ailleurs, des chances contraires, au moment de la convention, soit d'élévation, soit de maintien ou de réduction du contingent, toutes choses qui ont pu entrer dans les prévisions des parties. Le caractère commutatif du contrat implique enfin l'égalité entre les contractants, et, de même que l'assuré ne peut se dispenser de payer la prime, sous le prétexte d'un réduction imprévue du contingent, l'assureur ne peut, par voie de réciprocité, se prétendre affranchi de l'obligation de fournir un remplaçant, sous le prétexte d'une élévation imprévue du contingent. Quant à la loi qui a élevé le contingent, elle n'est point un événement fortuit, puisqu'elle était dans le domaine constitutionnel du pouvoir législatif, ni un événement de force majeure, puisqu'elle ne rend pas impossible l'exécution des engagements respectivement contractés.

Cette question de résolution des contrats d'assurance militaire a été, dans son temps, l'objet de trop vifs débats et de trop complètes discussions, pour que nous songions à l'épuiser à notre tour. Nous n'en disons ici notre mot, que parce qu'elle

(1) 9 janv. 1856. Sirey, 56, 1, 129. — 9 avril 1856, Sirey, 56, 1, 485. — 7 mars 1859. Sirey, 59, 1, 233.

nous semble se rattacher au principes concernant l'extinction des obligations par la perte de la chose due. L'envisageant sous ce seul rapport, nous pourrons être brefs.

Nous constatons d'abord ce double point : c'est que la Cour de cassation n'aurait pu exercer sa censure sur les arrêts qui auraient décidé en fait et par interprétation des contrats, soit que les parties n'avaient pas entendu charger les assureurs, ni ces derniers se charger eux-mêmes des risques résultant de l'élévation éventuelle du contingent (1); soit, au contraire, que le contrat d'assurance comprenait, conformément aux prévisions des contractants, tous les risques se rattachant à son objet, et ceux mêmes résultant d'un appel plus considérable; c'est ensuite que la Cour de cassation, jugeant, autant en fait qu'en droit, s'applique dans ses arrêts à interpréter l'acte et à définir la loi du contrat, en faisant constamment entrer dans les prévisions des parties tous les risques inhérents à sa nature et à son objet. Nous ne faisons cette observation que pour montrer combien le fait domine ici le droit, et combien il est difficile de les séparer l'un de l'autre.

Nous supposons donc que le contrat est absolument muet sur ce point, et que l'interprétation elle-même ne peut lui rien faire dire. Or, nous pensons qu'il est alors résolu de droit.

Sans doute l'assurance, considérée dans sa partie commerciale, comprenait tous les risques inhérents à son objet, et les assureurs n'auraient pu demander l'annulation de leurs engagements, à raison de circonstances qui, sans dénaturer les risques prévus, ne faisaient que rendre le payement plus difficile ou plus onéreux. Mais il ne s'agissait pas, au point de vue de la partie essentiellement aléatoire du contrat, d'une simple modification ou aggravation apportée à l'exécution de leurs engagements; il s'agissait d'une véritable transformation des risques, résultant de l'augmentation du contingent dans

(1) Cass., 1er déc. 1856. Sirey, 57, 1, 526. — 25 février 1863. Sirey, 63, 1, 312.

la proportion de quatre à sept, événement qui, en dehors des prévisions des parties, avait renversé les bases sur lesquelles elles avaient établi leurs combinaisons aléatoires de gain et de perte. Les risques n'étaient plus les mêmes, et comme leur prestation constituait l'objet même du contrat, les engagements de toutes parties étaient éteints par la perte de la chose due.

L'objet de la convention ne consistait pas, en effet, dans un remplaçant à fournir, mais bien dans tels risques à garantir. Or, on ne comprend pas que des risques qui laissent une place à une chance favorable sur deux, soient les mêmes que ceux qui n'offrent plus du tout de chance favorable. Telle était la situation que la loi avait faite aux assureurs; pour eux, plus d'*alea;* il ne leur restait que des chances contraires. Veut-on que le remplaçant à fournir fût l'objet du contrat? Mais il ne devait être fourni que dans les termes d'une convention d'assurance dont le caractère aléatoire équivalait à une condition. Nous retrouvons ainsi, sous forme d'inaccomplissement de la condition, l'extinction des engagements. Que dire enfin d'une loterie, de laquelle on aurait ensuite retiré les numéros gagnants, ou d'une partie dans laquelle l'un des joueurs, après s'y être engagé, se verrait, malgré lui et en dehors de ses prévisions, condamné à ne pas avoir d'atouts? Voilà le jeu des assurances.

Par voie de réciprocité, ou plutôt de conséquence, nous disons que le contrat serait également résolu au profit des assurés, si, postérieurement, il était intervenu une loi qui eût réduit le chiffre du contingent dans une proportion telle que l'assurance n'eût pas eu lieu, ou eût été faite pour une prime moindre, si l'événement eût été prévu. Les risques, qui sont les conditions des enjeux, sont, en effet, dans ce cas comme dans l'autre, réellement transformés; il y a une égale mutation de l'*alea*.

ARTICLE 1303.

Lorsque la chose est périe, mise hors du commerce, ou perdue sans la faute du débiteur, il est tenu, s'il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder à son créancier.

Sommaire.

1. Le créancier peut revendiquer ce qui reste.
2. Cas prévu par l'article 1303.
3. Du possesseur de la chose d'autrui qui la vend à un tiers.
4. Nature de cette cession d'actions en indemnité.
5. Des obligations de faire.

COMMENTAIRE.

1. La chose due peut n'être périe, n'avoir été soustraite du commerce, n'avoir été perdue qu'en partie. Il est clair que, dans ce cas, l'extinction de l'obligation n'est que partielle, et que le créancier peut exiger du débiteur le payement de ce qui subsiste. Ce qui reste de ma chose est ma propriété, *meum est quod ex re meâ superest* (1). Vous me vendez un troupeau qui périt aux trois quarts; vous devez me livrer le reste. Vous me devez une maison que le feu du ciel vient à dévorer; j'ai droit à l'emplacement et aux matériaux.

Ces principes sont tellement élémentaires, que le législateur n'a pas cru devoir les comprendre dans les dispositions de l'article 1303.

2. Il embrasse, en effet, une autre hypothèse. Extrait presque mot pour mot de Pothier (2), il suppose le cas où le débiteur de la chose périe a contre un tiers une action en indemnité,

(1) L. 49, § 1, *ff. De rei vind.* — POTHIER, *Oblig.*, n° 633.
(2) *Oblig.*, n° 634. — Voy. l. 31, *ff. De act. empt.*

des droits de réparation et de poursuite quelconque par rapport à cette chose.

Voici un cas spécialement prévu par la loi romaine (1) : La chose que je devais vous livrer à titre de vente m'a été violemment enlevée. Je devais sans doute veiller à sa conservation ; cependant, je ne dois rigoureusement que céder au vendeur mon action en revendication, parce que la surveillance ne peut rien contre la force. Et cette action, je dois vous la céder non-seulement à votre volonté, mais encore à vos risques et périls, de manière que vous en ayez et le profit et les inconvénients.

Tel serait encore le cas d'une expropriation pour cause d'utilité publique. Il suffirait au débiteur de subroger le créancier à ses droits à l'indemnité.

3. Par application des principes posés par l'article 1303, il faut décider que le possesseur de la chose d'autrui qui la vend, est tenu de restituer le prix au véritable propriétaire, s'il l'a reçu, alors même que la chose fût périe par cas fortuit entre les mains de l'acquéreur, sans préjudice de plus amples dommages et intérêts si le possesseur avait vendu de mauvaise foi. S'il ne tenait, en effet, compte du prix, il s'enrichirait aux dépens du véritable propriétaire (2).

Si la chose n'avait péri qu'en partie, le véritable propriétaire, au lieu de revendiquer ce qui reste, et de prendre ainsi, comme propriétaire, les risques de la chose à sa charge, pourrait, suivant son intérêt, opter pour la répétition du prix contre le vendeur.

Mais, s'il revendiquait ce qui reste de la chose, il n'aurait aucun droit au prix, même correspondant à la portion périe, parce que le vendeur, en ne le restituant pas, en profite, non aux dépens du véritable propriétaire, mais seulement au préjudice de l'acquéreur évincé, et sauf son recours en garantie.

(1) L. 31, *ff. De act. empt.*
(2) L. 23, *ff. De reb. cred.* — POTHIER, *Vente*, n° 274.

Au cas de perte, il faut assimiler le cas de prescription. Car le propriétaire est alors également hors d'état de revendiquer sa chose.

Si le vendeur de la chose d'autrui n'était qu'un possesseur intermédiaire qui l'eût acquise lui-même, et qu'elle eût péri entre les mains de l'acquéreur subséquent, il ne serait tenu de rendre compte du prix que dans le cas où il aurait revendu de mauvaise foi. Le seul, en effet, qui s'enrichisse est le premier vendeur; c'est donc contre lui seul que peut recourir le vrai propriétaire pour obtenir la restitution du prix (1).

4. Le Code parle ici de cession d'actions, de subrogation, ce qui ferait supposer que le créancier, à défaut d'une cession, d'une subrogation expresse, ne pourrait exercer que les droits de son débiteur, conformément à l'article 1166. Telles pouvaient être les règles de notre ancienne jurisprudence, qui n'admettait ni la transmission de la propriété par l'effet seul des contrats, ni la subrogation de plein droit, et s'en tenait à l'exception, *cedendarum actionum*. Mais, sous l'empire des nouveaux principes, le créancier de la chose due a, directement et personnellement, action contre les tiers qui, par rapport à cette chose, peuvent devoir quelque indemnité pour sa perte ou sa soustraction du commerce. La rédaction de l'article 1303 est donc vicieuse. Au lieu de dire que le débiteur est tenu, s'il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder au créancier, il aurait dû dire que le créancier exercera de son chef ces droits et actions (2). Et cette action directe lui appartiendra, à quelque titre qu'il poursuive le tiers contre lequel elle est dirigée.

Il s'ensuit que cette prétendue cession d'actions n'est point une cession-transport qui doive être signifiée au débiteur pour saisir le créancier. Celui-ci est propriétaire de droit et non cessionnaire de la créance. Cependant, comme il s'agit pour

(1) Pothier, *Vente*, n° 275.
(2) Toullier, t. 7, n°s 476.

lui d'éviter un payement qui pourrait être fait de bonne foi à son préjudice, il peut, par mesure de précaution et de prudence, faire tous actes utiles d'opposition et de protestation pour le prévenir et l'empêcher.

Quant à ces droits et actions en indemnité dont parle l'article 1303, ce sont ceux qui existent contre le tiers par le fait duquel est arrivée la perte ou la soustraction du commerce de la chose due. Il ne faut pas y comprendre les droits que le débiteur pourrait avoir à un autre titre, par exemple, à titre d'assurance. Le créancier ne serait admis à les exercer qu'en vertu d'une cession ou subrogation expresse ou conventionnelle.

5. Ce n'est pas seulement au cas où il s'agit d'une obligation de donner, que le créancier peut directement faire valoir contre les tiers ses droits et actions en indemnité. L'action directe en réparation du dommage lui compète également, lorsqu'il s'agit d'une obligation de faire, dont la prestation a été rendue impossible par le délit ou le quasi-délit d'un tiers. Et cette action s'exercera indépendamment de celle que peut avoir le débiteur lui-même pour la même cause.

Comme alors la poursuite dirigée par le créancier a pour objet la réparation d'un dommage, et qu'elle se fonde sur l'article 1382, il importe peu que le tiers, en commettant le délit ou le quasi-délit, ait eu ou non précisément en vue de rendre, par voie de conséquence plus ou moins prochaine, l'accomplissement du fait promis impossible. Cette distinction ne pourra, du moins, être utile que lorsqu'il s'agira, en fait, de rattacher le dommage souffert par le créancier au délit ou au quasi-délit, comme une de ses suites directes et immédiates.

SECTION VII.

DE L'ACTION EN NULLITÉ OU EN RESCISION DES CONVENTIONS.

ARTICLE 1304.

Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans. — Ce temps ne court, dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts; et, pour les actes passés par les femmes mariées non autorisées, du jour de la dissolution du mariage. — Le temps ne court, à l'égard des actes faits par les interdits, que du jour où l'interdiction est levée; et à l'égard de ceux faits par les mineurs, que du jour de la majorité.

Sommaire.

1. Importance de l'article 1304.
2. Des actions en nullité et en rescision sous notre ancien droit.
3. Des lettres de rescision.
4. Sens de ces mots : *voies de nullité n'ont point de lieu.*
5. Exceptions du droit romain.
6. Durée des actions en restitution.
7. Des actions en rescision et en nullité sous le Code civil.
8. Sens des mots nullité et rescision. Rapprochement et comparaison des deux actions.
9. Opinion de M. Toullier rejetée.
10. Nullités de droit, de plein droit. Sens de ces expressions.
11. De la nullité en général.
12. Diverses espèces de nullités.
13. Actes nuls et actes réputés non existants.
14. Caractères des actions en nullité et en rescision : elles sont personnelles-réelles, divisibles ou indivisibles.
15. Leurs effets.

16. L'annulation ne s'applique quelquefois qu'à un point du contrat, quelquefois au contrat tout entier.
17. Différence entre les actions en nullité ou en rescision, et les actions en résolution, quant à la divisibilité,
18. Et quant à la prescription.
19. En principe, la prescription de dix ans court du jour du contrat.
20. Exceptions posées dans l'article 1304. Cessation de la violence.
21. Découverte de l'erreur et du dol.
22. Suite.
23. A l'égard de la femme, la prescription court après son convol.
24. A l'égard des interdits, de la levée de l'interdiction ou du décès.
25. Des personnes soumises à un conseil judiciaire ou en démence de fait.
26. Des mineurs.
27. La lésion est quelquefois mélangée d'erreur.
28. L'erreur est une cause de répétition de l'indû. Distinction.
29. Effet particulier du point de départ de la prescription quant à sa durée.
30. La partie qui invoque une cause de suspension doit la prouver.
31. Les autres causes de suspension ou d'interruption sont applicables.
32. La prescription est suspendue à l'égard du mineur succédant à un majeur.
33. Le délai de dix ans est invariable et absolu.
34. Des exceptions de rescision ou de nullité. Sens de la maxime *quæ temporalia*.
35. Cas où elle cesse d'être applicable.
36. Autres cas.
37. Autres cas.
38. Conclusion.
39. Moment où commence l'intérêt d'agir en nullité ou en rescision.
40. Traité intervenu entre le tuteur et le pupille. Durée de l'action.
41. Partages d'ascendants. De quel jour court la prescription de l'action en rescision?
42. Suite.
43. Suite. Des partages d'ascendants par dispositions testamentaires.
44. Actions diverses auxquelles l'article 1304 est inapplicable.
45. De la vente de la chose d'autrui.
46. De la vente des biens du mineur par le tuteur. Distinction.
47. Suite.
48. Suite quant aux interdits. *Quid*, du mineur émancipé et des personnes soumises à un conseil judiciaire?
49. L'article 1304 s'applique aux actes des communes.
50. Des actes faits par le mandataire.

51. De la vente des propres de la femme par la femme ou le mari. Distinctions.
52. A quelles actions s'applique l'article 1304? Controverse.
53. Suite. Nullité d'une donation, au cas de l'article 909.
54. L'article 1304 est inapplicable, quand la nullité repose sur un vice de cause ou d'objet.
55. Ainsi, au cas d'une vente prohibée par les articles 1597, C. civil, et 711, C. pr.
56. La nullité des traités faits sur succession future se prescrit par trente ans.
57. De même la nullité du traité sur les biens d'un absent.
58. L'article 1304 ne s'applique point aux stipulations usuraires,
59. A la clause prohibée par les articles 2078 et 2088,
60. Aux dispositions testamentaires.
61. Il s'applique aux acceptations ou renonciations de succession.
62. Il ne s'applique pas à la nullité résultant d'un vice de forme.

COMMENTAIRE.

1. L'article 1304 est un des articles les plus importants du Code civil, dans la pratique et dans la théorie des obligations. Soit qu'il s'agisse d'apprécier dans leur principe les actions en nullité ou en rescision, soit qu'il s'agisse de les examiner dans leur exercice, leurs conséquences et leur durée, il se présente une foule de questions difficiles et délicates.

2. Nous devons commencer par préciser le sens des expressions employées par la loi, et déterminer ce qu'on doit entendre par action en nullité ou en rescision. Ceci nous oblige à jeter un coup d'œil sur notre ancien droit français; car ces mots, action en nullité ou en rescision, n'ont pas aujourd'hui le même sens qu'autrefois.

Sous notre ancienne jurisprudence, l'action en nullité était celle par laquelle on demandait l'annulation d'une obligation, dont la nullité était déclarée, soit par l'ordonnance, soit par la coutume. Nous citerons comme exemple, l'obligation contractée par une femme mariée, sans l'autorisation de son mari. La nullité d'une semblable obligation existait de plein droit, et par l'autorité des ordonnances ou des coutumes.

L'action en rescision, au contraire, était celle par laquelle on demandait la révocation d'une obligation qui, sans être nulle d'après les dispositions formelles du droit, était cependant susceptible de rétractation, comme violant les principes généraux du droit et de l'équité. Telle était l'obligation entachée d'erreur, de dol, de violence, de lésion, de minorité, et autres causes semblables de restitution, dont l'appréciation était abandonnée à la prudence des juges (1).

Ces actions étaient aussi fort différentes entre elles, quant à leurs causes. Elle ne différaient pas moins l'une de l'autre, quant à la manière dont elles devaient être intentées, et quant à la prescription à laquelle elles étaient soumises.

3. S'agissait-il d'une action en nullité, elle se portait directement et immédiatement devant la juridiction compétente. Au contraire, lorsqu'il était question d'une action en rescision, il fallait, avant de porter l'action devant la justice, obtenir préalablement des lettres de chancellerie, qu'on appelait lettres de rescision. Elles se délivraient, au nom du roi, sur simple exposé du fait, dans les chancelleries établies près des Cours souveraines. Elles se donnaient sans connaissance de cause, et ne formaient ainsi aucun préjugé sur le fond du droit. Elles n'étaient, en quelque sorte, qu'une carte d'admission de l'action, sauf aux juges à qui elles étaient adressées à examiner si la cause de rescision alléguée était juste et véritable. Ces lettres de chancellerie étaient toujours adressées à des juges royaux. Les juges des seigneurs ne pouvaient jamais connaître des actions en rescision, qu'on appelait aussi, à raison de leurs conséquences, restitutions en entier (2).

Pour en donner une idée plus exacte, nous transcrivons ici une des formules employées dans les lettres de rescision que

(1) Voy. ARGOU, *Instit.*, ch. 14, *Des restitutions en entier*, t. 2, p. 400. — MERLIN, Rép., v° *Rescision*, n° 1. — DURANTON, t. 12, nos 515-520. — TOULLIER, t. 7, nos 522-525.

(2) ARGOU, t. 2, p. 401.

nous avons sous les yeux. « Louis..., à notre sénéchal de la Marche, ou son lieutenant-général, à Guéret. De la part de N..., il nous a été exposé... (*suit le précis du fait*)... A ces causes, voulant subvenir à nos sujets, suivant l'exigence des cas, nous vous accordons que, les parties dûment assignées pardevant vous, s'il vous appert de ce que dessus, et notamment que par l'acte dont il s'agit, l'exposant soit lésé d'outre moitié et d'autres choses, tant que suffire doive; vous, en ce cas, sans avoir égard audit acte dudit jour, 10 janvier 1766, que nous ne voulons nuire ni préjudicier à l'exposant, et dont, autant que besoin est et sera, nous l'avons relevé et relevons par les présentes, remettiez les parties en tel et semblable état qu'elles étaient auparavant ledit acte; car tel est notre plaisir. Donné à Paris, en la chancellerie de notre palais, et sous le scel d'icelle, le 12 mars 1768. Par le conseil (*suit la signature*). »

Les jurisconsultes français avaient donc posé le principe qu'il n'y avait que le roi qui pût accorder le bénéfice de la restitution en entier; et les politiques s'en étaient emparés dans un but de finance, et surtout d'agrandissement de la puissance royale, au préjudice des seigneurs dont les juges ne pouvaient jamais connaître des demandes en rescision.

4. L'absolue nécessité de prendre des lettres de rescision avait fait passer comme maxime dans notre droit français, que voies de nullité n'ont point de lieu (1). Ce qui voulait dire que l'on ne pouvait opposer l'exception de nullité, sans avoir préalablement obtenu des lettres de rescision, à moins que la nullité n'eût été prononcée par l'ordonnance ou la coutume. Dans ce dernier cas, les lettres n'étaient point exigées, soit pour intenter l'action, soit pour opposer l'exception; ce qui n'empêchait pas d'en prendre souvent, pour plus grande précaution (2).

(1) Loisel, *Instit.*, liv. 5, tit. 2, n° 5. — Argou, t. 2, p. 401.
(2) Argou, *ibid.*

5. Dans l'obligation imposée par notre ancienne jurisprudence de se faire délivrer en chancellerie de palais des lettres de rescision, nous retrouvons la pensée des exceptions et des restitutions prétoriennes, sous le droit romain. On sait, en effet, que sous l'empire de ses principes, toute obligation qui n'était pas déclarée nulle expressément par le droit civil, *jure* ou *ipso jure*, ne pouvait être annulée ou rescindée qu'au moyen des exceptions de dol, de crainte, d'erreur, *doli amli, metûs, erroris causâ*, qui étaient accordées par le prêteur, suivant la nature du vice dont l'existence était alléguée (1).

On sait encore que la restitution en entier était un bénéfice introduit par le prêteur, en faveur de tous ceux qui avaient été lésés, dans un acte valable, suivant les principes rigoureux du droit civil, mais qui offenserait les règles de l'équité naturelle, en ce que l'une des parties avait été victime de la violence, de l'erreur, du dol, de son absence ou de la faiblesse de son âge (2).

6. Quant au temps durant lequel la restitution en entier devait être demandée, il était d'abord d'une année utile. Justinien l'étendit à quatre ans continus (3).

Sous notre ancien droit français, l'action en rescision paraît n'avoir été, dans le principe, soumise qu'à la prescription de trente ans. Plus tard, l'ordonnance de 1510, donnée à Lyon par Louis XII, la déclara prescriptible par dix ans. Son article 46 porte que, « afin que les domaines et propriétés des choses ne soient incertaines et sans sûreté ès-mains des possesseurs d'icelles, si longuement qu'ils l'ont été ci-devant, il est ordonné que toutes rescisions de contrats ou d'autres actes

(1) Voy. Instit., *De except.* — *ff.*, tit. *Quod metûs causâ.* — *ff.*, tit. *De dolo malo.*

(2) Voy. *ff.*, tit. *De in integ. restitut.* — *ff.*, tit. *De minor, viginti quinq. ann.* — *ff.*, tit. *Ex quib. caus. maj. viginti quinq. ann. in integ. restit.* — C. tit., *De in integ. restit. minor. viginti quinq. ann.*

(3) C. *De temp. in integ. restit.*

fondées sur dol, fraude, circonvention, crainte, violence ou déception d'outre moitié de prix se prescriront dorénavant par le laps de dix ans continuels ». Cependant la prescription courait, soit de la date du contrat, soit de la cessation de la violence ou de la découverte du dol.

François Ier répéta cette disposition dans son ordonnance de 1535, chapitre 8, article 30.

Il ne suffisait même pas d'avoir obtenu en chancellerie les lettres de rescision dans les dix ans; il fallait en outre en poursuivre l'entérinement dans ce délai (1).

Quant à l'action en nullité, elle ne se prescrivait, en général, que par trente ans. Cependant, dans le cas même où la nullité était déclarée par l'ordonnance ou la coutume, pour cause de minorité, l'action se prescrivait, suivant quelques auteurs, par dix ans, à partir de la majorité, comme au cas de rescision pour lésion. L'ordonnance de 1539, dite de Villiers-Cotterets, leva tous les doutes par son article 134, qui ordonna que, après l'âge de trente-cinq ans parfait et accompli, le majeur ne pourrait plus déduire ni poursuivre la cassation des contrats faits en minorité, en demandant ou en défendant soit par voie de nullité.

7. La loi du 7 septembre 1790, articles 20 et 21, en supprimant les chancelleries, disposa que désormais les actions en rescision comme celles en nullité seraient portées directement devant les juges compétents. De ce moment-là les lettres de rescision ont été abolies, et il n'y a plus eu de différence entre les actions en rescision et les actions en nullité, quant à la manière de les intenter.

D'autre part, le Code civil en disposant que les unes et les autres durent dix ans, a effacé la différence qui autrefois existait entre elles sous le rapport de la prescription.

8. Cependant, en examinant divers textes de la loi nouvelle,

(1) Valin, *La Rochelle*, art. 24, n° 155.

on voit que le législateur tantôt oppose l'action en nullité à l'action en rescision, et tantôt place ces deux actions exactement sur la même ligne. Ainsi, nous trouvons dans les articles 887, 888, 891, 892, 1305, 1674, 1683, le mot de rescision appliqué aux actes viciés de lésion, de violence et de dol. D'un autre côté, les articles 1110, 1111, 1113, 1116 font expressément de l'erreur, de la violence et du dol des causes de nullité; et l'article 1117, confondant les deux actions pour repousser toute nullité de plein droit, ajoute que l'erreur, la violence et le dol donnent lieu à une action en nullité ou en rescision.

S'agit-il d'incapacité, nous retrouvons encore le mot de nullité, quant à la femme mariée, dans l'article 225, et quant à l'interdit, dans l'article 502. Et, s'il s'agit de tout autre vice, c'est encore le mot de nullité que la loi emploie de préférence. A cet égard, les textes sont si nombreux qu'on en rencontre presque à chaque page, dans la matière des contrats.

Nous voyons enfin que le législateur applique indifféremment le mot de restitution, pour les caractériser sans doute par leurs conséquences, aux actions en nullité ou en rescision (1115, 1306 et suiv.).

Nous ne relevons que les expressions les plus saillantes; car il en est d'autres qui sont également employées comme synonymes et équivalentes. En résumé, le législateur se sert indifféremment du mot de restitution, pour qualifier dans leurs résultats l'action en rescision et l'action en nullité. Il emploie exclusivement le mot de rescision pour caractériser l'action en rétractation ou révocation; en un mot, l'attaque (car il se sert aussi de ce terme), dirigée contre une obligation entachée de lésion. Il faut même remarquer que dans ce cas l'expression de nullité, n'est jamais employée. S'agit-il d'une attaque dirigée contre une obligation viciée d'erreur, de violence ou de dol; il se sert indifféremment de ces termes, action en nullité ou en rescision. Il emploie enfin toujours exclusivement le mot de nullité, pour signifier l'invalidité des contrats et

des clauses particulières prohibées par la loi, alors même que cette prohibition se fonde, en principe, sur une présomption de lésoin au préjudice de l'un des contractants (1811, 1855, 2078 et 2088).

En rapprochant le droit nouveau de l'ancien droit, on voit d'abord que la distinction qu'il convient d'établir aujourd'hui entre l'action en nullité et l'action en rescision, ne correspond pas à celle que l'ancienne jurisprudence avait consacrée.

Il résulte ensuite de la diversité des causes qui donnent ouverture à l'une et à l'autre action, qu'il faut éviter dans la pratique la même confusion que repousse la théorie. S'agit-il d'une action en nullité, le demandeur qui attaque l'acte n'a qu'à prouver l'absence des conditions exigées par la loi pour sa validité; de telle sorte que le juge ne peut, cette preuve une fois faite, se dispenser de prononcer la nullité de l'obligation, quand bien même la partie qui prétend revenir contre n'a éprouvé aucune sorte de lésion ni de préjudice.

S'agit-il, au contraire, d'une action en rescision, comme le fondement de cette action repose sur l'existence d'une lésion quelconque, le demandeur doit prouver que cette lésion existe dans la mesure déterminée par la loi. Et quand cette preuve est faite, la rescision doit être prononcée, quand bien même l'obligation serait irréprochable sous tous les autres rapports.

Cette différence dans le principe de l'une et l'autre action conduit à des conséquences bonnes à constater. Le fait sur lequel se fonde l'action en nullité, c'est-à-dire l'absence des conditions essentielles à la validité de l'obligation, est de sa nature irréparable, du moins en l'absence de toute confirmation ou ratification. Au contraire, le fait sur lequel se fonde l'action en rescision, c'est-à-dire, l'existence d'une lésion quelconque, est de soi parfaitement réparable. Aussi, la loi autorise-t-elle le défendeur à arrêter l'action en rescision par l'offre d'une indemnité qui efface la lésion (891, 1681).

Il s'ensuit encore que le demandeur ne peut, en appel, changer la nature de l'action soumise aux premiers juges, substi-

tuer une action en nullité à une action en rescision, ou une action en rescision à une action en nullité. Les causes en sont en effet essentiellement différentes (1).

Une autre différence, c'est qu'aux termes de l'article 1118 la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats, ou à l'égard de certaines personnes. L'action en rescision n'est donc accordée quelquefois qu'à titre de privilége personnel; et nous verrons sous l'article suivant que c'est à ce titre qu'elle est accordée en général aux mineurs émancipés ou non; tandis, au contraire, que l'action en nullité est donnée, uniformément au même titre, à toutes les personnes fondées à s'en prévaloir.

9. M. Toullier (2) prétend établir d'autres différences essentielles entre l'action en nullité et l'action en rescision. Mais ces différences ne sont, en définitive, basées que sur les apparences extérieures des conventions attaquées, sur la facilité plus ou moins grande de prouver le fait qui donne lieu à l'action en nullité ou en rescision. Elles n'existent pas en réalité; car la valeur d'un acte doit s'apprécier en soi et indépendamment des circonstances qui peuvent plus ou moins voiler et dissimuler le vice dont il est entaché au fond. Le titre attaqué ne sera donc pas plus susceptible d'exécution provisoire dans un cas que dans l'autre, et ne méritera ni plus ni moins d'être pris en considération pour caractériser la possession du défendeur, soit qu'on l'attaque pour cause de nullité ou de rescision. Si, sous l'ancien droit, ainsi que le déclarent Bourjon et Duparc-Poullain, cités par M. Toullier, la provision était pour le titre même rescindable, jusqu'à ce que la rescision en eût été prononcée par jugement passé en force de chose jugée, cette exécution provisoire ne résultait que de la nécessité de prendre préalablement des lettres de rescision. Mais aujour-

(1) Merlin, Rép., v° *Nullité*, § 9. — Toullier, t. 7, n° 530. — Zachariæ, t. 2, p. 426, 1re édit., et t. 4, p. 248, 4e édit.

(2) T. 7, nos 527 et suiv.

d'hui que l'acte simplement rescindable est attaqué directement de la même manière que l'acte nul, il n'y a à établir entre eux aucune différence, quant à l'illégitimité de leur exécution provisoire. L'action en nullité et l'action en rescision en suspendent également l'exécution.

10. Le plus souvent, la loi, en prononçant la nullité de certains actes, se borne à les déclarer nuls. Quelquefois elle les délare nuls de droit ou de plein droit. L'addition de ces mots ne veut pas dire qu'ils sont si parfaitement nuls qu'ils ne soit pas nécessaire d'en faire prononcer la nullité par jugement. Toute déclaration de nullité ne donne lieu, en effet, qu'à une action en nullité, et l'addition de ces mots, de droit ou de plein droit, n'a d'autre but que de signaler en termes plus énergiques la volonté du législateur. Ils ne sont qu'une superfluité de rédaction, par réminiscence des principes du droit romain, qui opposait les nullités de droit, *jure, ipso jure,* aux exceptions et restitutions prétoriennes, et de notre ancien droit français, qui opposait aux actions pour cause de rescision les actions pour cause de nullité de droit ou de plein droit, prononcée par l'ordonnance ou par les coutumes. Ils prouvent seulement que le législateur moderne, en continuant l'usage d'expressions qui ne sont aujourd'hui qu'une redondance sans valeur, n'a pas approprié son langage aux innovations qu'il a introduites dans les principes de notre nouveau droit.

11. Ces observations nous ramènent à un examen plus approfondi de la théorie des nullités. La nullité est l'invalidité d'un acte qui contrevient aux dispositions de la loi, soit qu'elle commande ou qu'elle prohibe. Mais nous commençons par observer que nous ne nous en occupons ici qu'en ce qui concerne les obligations, et que nous ne traiterons point des nullités qui s'appliquent, soit aux actes de procédure, soit aux actes destinés à établir la preuve des contrats.

La nullité d'une obligation suppose nécessairement l'existence d'un vice dont elle est entachée. Or, les vices qui peuvent

affecter une obligation correspondent eux-mêmes aux conditions essentielles à sa validité. Il y a donc les vices de consentement, erreur, dol, violence; les vices de capacité, minorité, interdiction, mariage, dation d'un conseil judiciaire, démence de fait; les vices d'objet, son inexistence, son indétermination, sa soustraction du commerce; les vices de cause, fausseté ou absence de cause, infractions à l'ordre public, aux bonnes mœurs, aux prohibitions de la loi. Mais nous rappelons qu'il ne faut pas confondre avec l'ordre public l'intérêt général; que celui-là est un obstacle à la validité du contrat sans disposition spéciale, tandis que celui-ci n'est une cause d'invalidité qu'au moyen d'une disposition particulière expresse.

C'est surtout en matière d'obligations que la loi a pris soin de déclarer, par des dispositions spéciales, la nullité des actes faits contrairement à ses prohibitions où à ses commandements. Aussi, la question de savoir quand il y a nullité ne présente-t-elle pas ici autant de difficulté et de doute que dans les autres matières, où, en l'absence d'une disposition textuelle qui prononce la nullité, le jurisconsulte est obligé de la résoudre par l'application des principes généraux du droit, ou par l'appréciation de l'infraction commise, eu égard à sa nature, à la pensée du législateur et au but particulier de la prohibition ou du commandement. Alors se présente la théorie si abstruse des conditions substantielles ou accidentelles, de celles dont l'omission entraîne ou n'entraîne pas la nullité de l'acte, suivant le but et le dessein du législateur.

12. En se plaçant au point de vue des intérêts que les prohibitions ou les commandements de la loi ont pour objet de protéger, on divise les nullités en plusieurs espèces. Les unes sont de droit public ou de droit privé, suivant qu'elles puisent leurs motifs dans des raisons d'ordre public ou d'intérêt privé.

Elles sont encore absolues ou relatives; absolues, lorsqu'elles peuvent être proposées par toutes parties intéressées; relatives, lorsque certaines personnes seulement sont

admises à s'en prévaloir, sans que d'autres puissent les leur opposer. Le Code civil déclare d'une manière expresse quelques nullités relatives. Mais de ce que, dans certains cas, il prononce la nullité de l'acte sans lui attribuer expressément le caractère de nullité relative, il ne faut point conclure que cette nullité doive toujours être considérée comme absolue. En l'absence d'une disposition spéciale, et nonobstant cette absence, beaucoup de nullités ne laissent pas d'être simplement relatives. Et, pour apprécier leur véritable caractère, il faut se reporter aux motifs sur lesquels elles sont fondeés. Si elles reposent sur une raison d'ordre et d'intérêt publics, elles doivent être considérées comme absolues; mais lorsqu'elles reposent uniquement sur une raison de protection particulière en faveur et en considération de l'une des parties, elles sont, dans ce cas, simplement relatives (1).

Quant à la nullité résultant de l'omission des formes prescrites pour la validité de l'acte, elle est absolue lorsque les formes omises ou violées ont été exigées pour la régularité de l'acte, en tant qu'il sert de preuve à la convention; mais elle est relative, si elles ont été prescrites comme garantie plus grande et comme moyen particulier de protection en faveur de l'un des contractants (2).

Quelquefois la loi qualifie de nullité l'inefficacité de certains actes qui, sans cesser d'être valables entre les contractants, sont déclarés nuls par rapport aux tiers. Telle est la nullité de la vente de la chose d'autrui, du moins dans le cas où les parties elles-mêmes ne peuvent s'en prévaloir (1599); telle est la nullité des donations déguisées ou faites à personnes interposées (1099); telle est même la réductibilité des donations excessives (920, 1099); car la réduction équivaut à nullité pour tout ce qui excède la portion disponible. Il ne faut point con-

(1) Toullier, t. 7, nos 553 et suiv.

(2) Troplong, *Prescript.*, nos 900 et 901. — Zachariæ, t. 2, p. 430, nte 14, 1re édit., et t. 4, p. 251, nte 4, 4e édit.

fondre les nullités de cette espèce avec celles dont s'occupe l'article 1304, ni même avec celles dont nous traitons ici en général, lesquelles existent principalement à l'égard des parties, de leurs héritiers, successeurs et ayants-cause. Elles s'en distinguent essentiellement par leur caractère propre, par la nature des motifs sur lesquels elles sont fondées, et des droits en faveur desquels elles sont établies. Les actes auxquels elles s'appliquent ne sont, en effet, déclarés nuls qu'à l'égard des tiers, aux droits desquels ils porteraient atteinte, s'ils leur étaient opposables. Aussi, sont-elles toujours relatives, à raison du caractère propre et personnel des droits en considération desquels elles existent; et elles sont alors proposées bien moins par voie d'action en nullité proprement dite, que par voie d'exception fondée sur l'inefficacité de l'acte à leur égard, lorsque les tiers les font valoir pour la conservation de leurs droits.

13. Indépendamment du caractère absolu ou relatif de la nullité, on peut établir une sorte de gradation, quant à l'invalidité dont un contrat peut être atteint. Au-dessus du contrat déclaré nul, on rencontre le contrat réputé non existant. Nous entendons par là tout acte, qui, étant destitué des conditions essentielles à son existence de fait, établit par lui-même qu'il n'a aucun caractère obligatoire, dans l'intention même des contractants. Un pareil acte n'est pas seulement susceptible d'annulation; ce n'est pas seulement à une action en nullité qu'il donne lieu. Par cela même qu'il est réputé non existant, sa non existence dispense de toute déclaration de nullité, et les juges, sur la demande des tiers étrangers, ou même d'office, peuvent la déclarer et la reconnaître (1). Telles sont les conventions faites avec un insensé, dans l'accès même de sa démence; avec un enfant qui n'a pas même l'âge de raison (2);

(1) ZACHARIÆ, t. 1, p. 66, 1re édit., et t. 1, p. 118, 4e édit. — DURANTON, t. 12, nº 551.

(2) Instit., *De inut. stip.*, § 10. — Voy. art. 1124, nos 11 et 12.

une vente sans prix, sans détermination d'objet, ou dont l'objet n'existe pas ou a péri au moment du contrat (1); toutes celles enfin qui, étant ridicules et non sérieuses, n'ont aucune force juridique, même apparente (2).

Mais, quels que soient les vices dont il est entaché, quelque visible et flagrante qu'en soit la nullité, un contrat ne pourra être réputé non existant, lorsque les parties l'auront formé dans l'intention de réellement s'obliger. La nullité devra, suivant la règle générale, en être prononcée, dans ce cas, par jugement. Jusque-là, l'acte se soutient par sa seule apparence, et, quelque absolue qu'en soit la nullité, elle a besoin d'être déclarée.

Ce que dit M. Toullier (3) de la nullité absolue nous paraît donc fort exagéré, et ne nous semble vrai, dans le sens où nous prenons cette expression de nullité absolue, que des seuls actes considérés comme inexistants. Nous croyons que la distinction entre la nullité absolue, pour quelque cause qu'elle soit déclarée, et la non existence, est puisée dans la nature même des choses, et repose sur les véritables principes relatifs à l'annulation des contrats. Quoi qu'il en soit, nous aurons à y revenir lorsque nous traiterons de la confirmation, de la ratification, de l'exécution volontaire. Nous examinerons alors, en appréciant les divers motifs sur lesquels sont fondées les différentes nullités, si, dans tous les cas, elles s'opposent à ce qu'un acte soit valablement confirmé.

14. Les actions en nullité ou en rescision se donnent contre les tiers possesseurs et acquéreurs, de même que les actions en révocation ou en résolution pour inexécution des charges, conditions et engagements de la part de l'une des parties. Elles sont *rei persecutoriæ*, elles poursuivent la chose, dans quelques mains qu'elle passe.

(1) DURANTON, *ibid.* — ZACHARIÆ, *ibid.*
(2) Voy. art. 1101, n° 4.
(3) T. 7, n°s 557 et suiv.

Elles sont de même personnelles-réelles, c'est-à-dire mixtes dans la pure acception du mot, comme tendantes également à la dissolution de l'obligation et à la revendication de la chose (1).

Elles sont enfin divisibles ou indivisibles, suivant la nature de l'objet auquel elles s'appliquent.

Comme nous avons traité avec détail, sous l'article 1184 (2), ces questions de divisibilité en ce qui concerne les actions en résolution, nous nous bornons à y renvoyer.

Nous observons, toutefois, que l'on ne doit pas appliquer aux actions en nullité ou en rescision les dispositions de l'article 717, C. de pr. civ., d'après lesquelles l'adjudicataire ne peut être troublé dans sa propriété par aucune demande en résolution, fondée sur le défaut de payement du prix des anciennes aliénations, à moins qu'avant l'adjudication la demande n'ait été notifiée au greffe du tribunal où se poursuit la vente. L'exception que contient cet article doit, en effet, être strictement renfermée dans ses termes.

15. La nullité ou la rescision, régulièrement prononcée en justice, a pour effet de remettre les parties au même et semblable état qu'avant la convention, conformément à l'article 1183 (3), sauf les modifications que nous signalerons sous l'article 1312, en ce qui concerne les restitutions à faire par les mineurs, les interdits et les femmes mariées; sauf aussi les différences, que nous avons déjà signalées plus haut, entre les effets de la condition résolutoire et ceux de la rescision ou de la nullité, en ce qui concerne la rétroactivité appliquée aux contrats successifs (4).

L'annulation du contrat laisse, néanmoins, subsister les relations de fait qui ont existé entre les parties, et il reste dès

(1) Voy. art. 1136, n° 16.
(2) Voy. art. 1184, n°s 75 et suiv. — *Infrà*, n° 17.
(3) Voy. art. 1183, n° 73.
(4) Voy. art. 1183, n° 74.

lors à déterminer les obligations respectives qui en résultent pour chacune d'elles (1).

16. Lorsque le contrat dont on poursuit la nullité ou la rescision contient plusieurs chefs distincts et indépendants, l'annulation se borne à celui ou à ceux qui sont particulièrement entachés du vice qui fonde l'action. S'ils sont, au contraire, tellement dépendants les uns des autres qu'on ne puisse les séparer sans violer la volonté commune des contractants, chaque partie peut alors demander l'annulation pour le tout (2). La jurisprudence offre de nombreux exemples de l'application de ce principe (3).

17. Mais les actions en nullité ou en rescision sont essentiellement différentes, sous d'autres rapports, des actions en résolution. Si on les considère dans leur principe, on voit d'abord que les premières se distinguent des autres, en ce que l'acte nul ou rescindable est annulé ou rescindé par suite d'un vice qui l'affecte *ab initio*, dès sa formation, tandis que l'acte résoluble est résolu par suite d'une cause de résolution survenue postérieurement, soit qu'elle ait été prévue d'une manière expresse ou tacite, au moment où le contrat a été régulièrement formé.

Considérées dans leurs conséquences, elles produisent encore des effets différents. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'une action de cette dernière espèce, le défendeur peut exiger, si l'on suppose une vente, que tous les vendeurs conjoints ou tous les héritiers de vendeur soient mis en cause, afin de se concilier entre eux pour la reprise entière de la chose (1670). Et l'article 1685 déclare cette disposition également applicable au cas d'une action en rescision pour lésion. Ce droit, conféré au défendeur, se justifie ici par cette considération : C'est qu'en

(1) Voy. art. 1183, n°s 74 et suiv.
(2) Toullier, t. 7, n° 593.
(3) Voy. art. 1130, n° 32.

cas de résolution, il y a dans le principe un contrat valable et régulier, et que son inexécution ne met pas, néanmoins, la partie qui s'en est rendue coupable hors la loi et l'équité; c'est qu'en cas de lésion, la rétractation du contrat n'a d'autre but que de réparer le dommage causé au vendeur, et que cette réparation qui lui est accordée ne doit pas être pour l'acquéreur une cause de préjudice. Ainsi se concilient les droits et les intérêts des parties.

Mais dans les autres cas de rescision ou de nullité, les mêmes considérations ne sauraient prévaloir, soit parce qu'il s'agit d'un contrat que la loi réprouve dans des vues d'ordre public et d'intérêt général, soit parce que le législateur, en ouvrant l'action, s'est exclusivement préoccupé des droits et des intérêts du demandeur. Le défendeur ne pourra donc exiger que la chose entière soit reprise par ce dernier, sous prétexte qu'il a voulu l'avoir dans sa totalité, ou ne rien avoir du tout. Autrement, telle serait la situation faite au demandeur que, pour obtenir l'annulatiou du contrat, il serait obligé de commencer par en subir l'exécution contre lui-même.

Le défendeur ne pourra donc l'exiger, et il sera forcé de répondre à l'action divisée en nullité ou en rescision, de même que son adversaire ne peut l'exercer que suivant la portion virile qu'il a dans la chose. Il pourra seulement, dans le cas où il aura été de bonne foi en contractant, se prévaloir ultérieurement de l'éviction partielle qu'il aura soufferte, pour demander que les autres soient condamnés à reprendre le surplus de la chose demeuré dans ses mains. S'il avait été de mauvaise foi, il ne pourrait le demander; car il serait alors censé s'être, volontairement et avec connaissance, exposé aux risques de la rescision ou de la nullité du contrat divisément prononcée en faveur de l'une ou de quelques-unes des parties, à moins qu'il n'eût légalement stipulé de la part des autres quelques garanties particulières, en vue de cette éventualité.

18. C'est surtout sous le rapport de la prescription que les

actions en rescision ou en nullité diffèrent des actions en révocation ou en résolution. Ces dernières durent, en effet, aussi longtemps que l'action en payement qui naît du contrat. Elles ne sont ainsi soumises qu'à la prescription trentenaire. Les autres, au contraire, durent dix ans, suivant les dispositions de l'article 1304, dans tous les cas où elles n'ont pas été limitées à un moindre temps par une disposition particulière, comme l'action en rescision de vente pour lésion de plus des sept-douzièmes, laquelle n'est pas recevable après l'expiration de deux années à compter du jour de la vente; et ce délai court même, sans suspension, contre toutes personnes (1676). En règle générale, toute action en nullité ou en rescision est donc soumise à une prescription décennale.

Si le législateur a abrégé pour ces actions la durée de la prescription ordinaire qui est de trente ans, c'est qu'un laps de dix années lui a semblé parfaitement suffisant pour mettre les parties intéressées à même d'attaquer un contrat qu'elles ont formé elles-mêmes, et à l'égard duquel elles ne sauraient prétexter cause d'ignorance. L'intérêt public exige d'ailleurs que les relations de la vie civile offrent le plus de fixité et de solidité possible, et que la propriété ne reste pas trop longtemps soumise à de déplorables incertitudes. Toutes les prescriptions, quelles qu'elles soient, ne reposent pas sur autre principe.

19. Sauf les exceptions que nous allons examiner, la prescription de dix ans commence du jour du contrat. L'article 1676 le dit expressément du cas de lésion, et ses dispositions ne sont en ce point que la consécration d'une règle commune. Il est même indifférent qu'il y ait terme convenu pour l'exécution. Le point de départ de la prescription sera toujours la date du contrat, et non le jour où il aura commencé à recevoir son exécution (1).

(1) Toullier, t. 7, n°s 603 et 604. — Duranton, t. 12, n° 533.

20. Mais ce délai de dix années ne court, dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts; et pour les actes passés par les femmes mariées non autorisées, du jour de la dissolution du mariage. Le temps ne court à l'égard des actes faits par les interdits, que du jour où l'interdiction est levée; et à l'égard de ceux faits par les mineurs, que du jour de la majorité (1304). Voilà les exceptions, et à raison du nombre des vices particuliers qui y donnent lieu, elles reçoivent dans la pratique une application plus fréquente que la règle générale elle-même.

On comprend sans peine ce que la loi entend par cessation de la violence; c'est le moment où la partie contractante a repris sa liberté naturelle, et n'a plus été soumise à la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent.

Autrefois on était dans l'usage de protester pardevant notaires, avant ou après le contrat, pour marquer qu'il n'était point volontaire et était arraché par la violence. Il arrivait même quelquefois que la partie, après avoir signé ses protestations, les déposait enveloppées et scellées, afin que les notaires n'en refusassent point le dépôt, par crainte d'adversaires puissants. Elles n'étaient point sans doute par elles-mêmes des preuves péremptoires, mais elles étaient utiles pour faciliter la permission d'informer et l'admission des autres présomptions (1). On peut encore en user aujourd'hui, sauf aux juges à y avoir tel égard que de raison. Mais elles n'auront point pour effet de déterminer le point de départ de la prescription décennale, soit qu'il s'agisse de l'avancer ou de le reculer. Il doit être fixé, indépendamment de toute protestation, au moment où la violence a cessé.

21. Que faut-il entendre par découverte de l'erreur ou du

(1) Argou, *Instit.*, t. 2, p. 403.

dol? L'erreur de fait ou de droit, sans autres circonstances, est un fait ordinairement simple. Mais il n'en est pas de même du dol, qui suppose un enchaînement et une complication de manœuvres frauduleuses. Le plus souvent il ne se découvre pas tout d'un coup; il apparaît graduellement, et se révèle peu à peu, avec une succession de détails qui se complètent les uns les autres. On le sent avant même de l'entrevoir, et on l'entrevoit avant de pouvoir s'en rendre un compte précis et exact.

Faut-il donc entendre la découverte de l'erreur et du dol, en ce sens qu'ils ne sont réputés découverts que lorsque la partie qui en a été victime a mis pleinement sous ses yeux, après en avoir recueilli tous les indices et toutes les preuves, les circonstances de l'erreur où elle est tombée, et les diverses manœuvres qui constituent le dol pratiqué à son égard? Ce serait exagérer le sens de l'article 1304. Découvrir l'erreur et le dol n'est, en effet, autre chose qu'en connaître, en apprendre l'existence; ce qui ne suppose pas nécessairement de la part de la personne qui les a découverts, la connaissance acquise, avec preuves à l'appui, de toutes leurs circonstances et de tous leurs détails. C'est assez les connaître que de savoir en somme qu'ils ont existé et en quoi ils ont consisté, lorsque cette connaissance est fondée sur des indices considérables, sur des présomptions puissantes, sur des faits déjà certains, en un mot, sur un de ces soupçons graves et sérieux qui font dire qu'on en a la certitude, sans en avoir encore la preuve.

De ce moment, en effet, le contractant ne peut plus alléguer la surprise et l'ignorance, puisqu'il cesse d'être soumis à l'influence du dol et au charme de l'erreur. Voilà le point de départ de la prescription; et il reste dix ans pour agir, délai assurément suffisant pour recueillir les preuves et préparer l'action.

Comme le consentement est indivisible, le vice d'erreur ou de dol qui l'affecte ne peut être purgé que lorsque l'erreur et le dol ont été découverts tout entiers. Tant qu'il reste quelque

chose à connaître de leur étendue et de leur intensité on ne peut dire qu'ils sont découverts. Mais ce reste d'ignorance doit porter lui-même sur des faits assez graves pour avoir exercé une influence déterminante sur le consentement de la personne. S'ils étaient insignifiants, ils devraient n'être pris en aucune considération.

22. La preuve de l'erreur et du dol se distingue ainsi de leur existence, et l'époque à laquelle ils ont été découverts s'en distingue de même dans la plupart des cas. Leur existence ne saurait, en effet, se confondre avec les circonstances et les indices sur lesquels se fonde la partie qui les allègue. Il s'ensuit que les juges peuvent décider qu'ils ont été découverts depuis moins de dix ans, sans qu'il soit nécessaire qu'au préalable leur existence ait été prouvée et reconnue. Vainement on prétendrait que leur découverte présuppose nécessairement leur existence, et qu'avant tout il faut l'établir avant de résoudre la question de prescription. Car le législateur, en établissant la prescription décennale, a eu précisément pour but d'empêcher des débats inutiles, dans le cas où, en admettant comme constants les faits d'erreur et de dol, leur découverte remontant à plus de dix ans rendrait toute preuve frustratoire et inopérante (1).

23. Pour les actes passés par les femmes mariées non autorisées, la prescription ne court que du jour de la dissolution du mariage. Le mariage est ainsi une cause de suspension, non-seulement à l'égard de la femme, mais encore à l'égard du mari (2).

Mais si la femme venait à convoler, la prescription commencée continuerait de courir durant le second mariage. Car

(1) Cass., 13 mars 1849. SIREY, 49, 1, 347.

(2) ZACHARIÆ, t. 2, p. 445, 1re édit., et t. 4, p. 281, 4e édit. — TOULLIER, t. 7, n° 613. — Montpellier, 27 avril 1831. SIREY, 32, 2, 77. — *Contrà*, MARCADÉ, art. 1304, n° 2. — Bordeaux, 30 avril 1872. SIREY, 72, 2, 151.

l'article 1304, en ne faisant courir la prescription qu'à partir de la dissolution du mariage, suppose qu'il s'agit du mariage qui a créé pour elle la nécessité de l'autorisation maritale (1).

Si elle avait été régulièrement autorisée, la prescription de l'action en nullité ou en rescision courrait contre elle durant le mariage, quel que fût le vice, à moins que l'action ne dût réfléchir contre le mari (2256) (2).

24. Quant aux interdits, la prescription ne court que du jour où l'interdiction est levée. Si donc elle n'était pas levée, le temps ne courrait que de leur décès. Il n'y a même pas à distinguer s'ils ont été ou non placés dans des établissements d'aliénés. Le point de départ de la prescription est, quant à eux, toujours le même, sans qu'on ait à se demander s'ils ont ou non reçu la signification, ou acquis la connaissance des actes argués, conformément à l'article 39 de la loi du 30 juin 1838. Ces dispositions exceptionnelles leur sont inapplicables, bien qu'on arrive à ce résultat étrange, que l'interdit dont la démence a été ainsi judiciairement constatée, a moins de garanties et de temps pour attaquer ses actes, que la personne non interdite placée dans un établissement d'aliénés (3).

Jusque-là, nous supposons que l'interdit qui a été placé dans un établissement de cette nature, ou ses représentants, se prévalent de son incapacité légale résultant de l'interdiction, pour demander la nullité de droit des actes qu'il a faits pendant qu'il y était retenu. Mais ils ont fort bien le droit de ne pas s'en prévaloir, et de fonder leur action en nullité ou en rescision seulement sur les dispositions de la loi du 30 juin 1838, abstraction faite de l'interdiction prononcée. Comme un double vice affecte la capacité personnelle de l'individu, soit comme interdit, soit comme aliéné placé dans un établissement spécial, ils peuvent, au mieux de leurs intérêts, opter entre

(1) Duranton, t. 12, n° 541.
(2) Toullier, *ibid.* — Duranton, t. 12, n° 542.
(3) *Contrà,* Demolombe, t. 8, n° 860.

ces deux causes d'actions, interdiction ou démence de fait, sans que leurs adversaires soient recevables à s'y opposer, puisqu'il ne s'agit que d'une nullité relative. Dans ce cas, l'article 39 de la loi du 30 juin 1838 est applicable. Mais alors la nullité de l'acte n'est plus de droit, comme au cas de l'article 502; l'annulation en est simplement facultative, suivant les circonstances, d'après la loi précitée.

Et cette solution s'applique à tous les cas d'incapacité légale concourant avec la démence, la violence, l'erreur, ou le dol. Autant de vices particuliers, autant de causes d'action.

25. L'article 1304 ne parle pas des personnes soumises à un conseil judiciaire. Mais il est évident que, quant aux actions en nullité ou en rescision qu'elles peuvent intenter, le délai de dix ans ne court à leur égard, comme à l'égard des interdits, que du jour où la défense de procéder sans conseil aura été levée (1), ou du jour de leur décès, si elle n'a point été levée.

Nous supposons que les actes ont été faits par le prodigue sans assistance de son conseil, et que l'action en nullité se fonde précisément sur le seul vice d'incapacité; car si elle se basait sur un vice commun, tel que celui qui résulte du dol, de l'erreur, de la violence, la prescription aurait pour point de départ le moment fixé, suivant les cas, par l'article 1304, sans qu'elle fût suspendue par la dation d'un conseil judiciaire. La personne qui y est soumise ayant agi avec son assistance, doit alors être traitée comme la femme mariée qui a contracté avec l'autorisation de son mari. Or la soumission à un conseil, pas plus que le mariage, n'est une cause de suspension de la prescription, comme l'est l'interdiction ou la minorité (2252).

Ce serait exagérer le sens et la portée des arrêts d'Angers du 27 juillet 1859 (2), et de la Cour de cassation du 6 juin 1860 (3) qui a rejeté le pourvoi, si on leur faisait décider

(1) Zachariæ, t. 2, p. 445, 1re édit., et t. 4, p. 279, 4e édit. — Demolombe, t. 8, n° 766.

(2) Sirey, 60, 2, 29.

(3) Sirey, 60, 1, 593.

autre chose. En effet, dans l'espèce jugée, le prodigue avait agi avec l'assistance de son conseil. Il n'y avait donc pas vice d'incapacité légale, et si l'acte était vicié, ce ne pouvait être que de dol et de fraude. Or il a été décidé, dans ce cas, avec grande raison, que la prescription n'avait pas été suspendue. Nous ajouterons même, pour l'exacte appréciation du fait, que la Cour d'Angers et la Cour de cassation indiquent pour point de départ de la prescription, non la date de l'acte, mais la nomination du nouveau conseil qui avait remplacé le premier. Cette circonstance ne montre-t-elle pas qu'il ne s'agissait point d'un vice d'incapacité, mais d'un vice tout différent, tel que le dol et la fraude qui n'auraient été réellement découverts qu'à la nomination du second conseil en remplacement du premier? Mais si l'acte avait été attaqué pour cause d'incapacité, quel aurait dû être le point de départ de la prescription? La question n'a pas été décidée, et nous persistons dans notre opinion, parce qu'il nous semble que, en principe, la prescription décennale dont il s'agit reposant sur une pensée de confirmation, ne saurait courir tant que dure l'état d'incapacité qui sert de fondement à l'action en nullité ou en rescision du chef de l'incapable.

L'article 1304 ne s'occupe pas non plus des actes passés par des personnes en état de démence et non frappées d'interdiction. Les actions en nullité ou en rescision qu'elles peuvent intenter, sont incontestablement soumises à la prescription de dix ans. Car notre article pose un principe général qui la déclare applicable dans tous les cas où il n'existe point d'exception particulière. Ces actions ne sont donc point prescriptible par trente ans (1).

Mais de quel jour le délai commencera-t-il à courir? Une distinction est nécessaire entre les personnes qui ont été pla-

(1) Zachariæ, t. 2, p. 445, n^te^ 27, 1re édit., et t. 4, p. 279, 4e édit. — Bordeaux, 14 janv. 1857. — Sirey, 57, 2, 353. — *Contrà*, Aix, 17 fév. 1832. Sirey, 32, 2, 264.

cées dans des établissements d'aliénés, et celles qui n'y ont pas été. L'article 39 de la loi du 30 juin 1838 est ainsi conçu : « Les actes faits par une personne placée dans un établissement d'aliénés, pendant qu'elle y aura été retenue, sans que son interdiction ait été prononcée ou provoquée, pourront être attaqués pour cause de démence, conformément à l'article 1304 du Code civil. Les dix ans de l'action en nullité courront, à l'égard de la personne qui aura souscrit les actes, à dater de la signification qui lui en aura été faite, ou de la connaissance qu'elle en aura eue après sa sortie définitive de la maison d'aliénés; et, à l'égard de ses héritiers, à dater de la signification qui leur en aura été faite, ou de la connaissance qu'ils en auront eue depuis la mort de leur auteur. Lorsque les dix ans auront commencé à courir contre celui-ci, ils continueront de courir contre les héritiers. »

Cette question de connaissance ultérieurement acquise, se résoudra par l'appréciation des circonstances de la cause. C'est un point de fait à l'égard duquel tous moyens de preuve sont admissibles. En ce qui concerne la signification dont il s'agit, nous remarquons encore qu'elle doit être faite sans fraude et dans des conditions telles que le but de la loi soit atteint, c'est-à-dire qu'elle devrait être réputée non avenue, si elle avait eu lieu dans un temps où l'état mental de la personne ne lui permettait pas de la recevoir utilement, et d'y prendre connaissance de l'acte, bien qu'elle eût été faite après sa sortie définitive de l'établissement. C'est encore un point soumis à l'appréciation des tribunaux (1).

Quant aux personnes non frappées d'interdiction, ni placées dans des établissements d'aliénés, la prescription courra-t-elle seulement du jour où elles auront définitivement recouvré leur raison, sans aucune considération des intervalles lucides (2)? Dira-t-on que jusque-là leur incapacité, ou plu-

(1) Demolombe, t. 8, nº 861.

(2) Voy. Zachariæ, *ibid.*, 1re édit., et t. 4, p. 280, 4e édit.

tôt leur erreur ou défaut de discernement continue, et qu'il résulte de l'esprit et du texte de l'article 1304, que la prescription est ajournée aussi longtemps que dure l'incapacité de la personne, ou le vice qui sert de fondement à l'action? Nous ne saurions partager complètement cette manière de voir. L'état de démence de fait n'est pas, en effet, une cause de suspension quant à la prescription ordinaire. Elle court contre les insensés et les furieux, exactement comme contre ceux qui jouissent de la plénitude de leurs facultés intellectuelles (1). Or, comme, sous le rapport des causes légales de suspension, la prescription décennale ne diffère pas de la prescription ordinaire, elle ne cesse pas de courir contre les personnes atteintes d'aliénation mentale, mais non frappées d'interdiction (2).

Mais, le plus souvent, et ce point mérite dans la pratique de fixer l'attention du juge, la nature spéciale de la cause sur laquelle se fonde l'action en nullité, viendra tempérer la rigueur de la règle générale. C'est ce qui arrive lorsque l'incapacité, l'inhabilité de la personne en démence se confond avec un vice d'erreur ou de dol dont son engagement est entaché. Il est évident que, dans ce cas, la prescription ne court que du jour où l'erreur et le dol auront été découverts, et que l'état mental de l'obligé devra être pris lui-même en considération, au point de vue de la découverte de l'erreur ou du dol, de telle sorte qu'elle pourra coïncider avec le temps où il aura définitivement recouvré la raison. Mais il devra aussi être tenu compte des intervalles lucides qui, suivant leurs caractères et leur intensité, auront pu le mettre à même de découvrir plus tôt les vices de son consentement. Nous concilions par là les principes qui régissent la prescription, soit dans son cours, soit dans son point de départ.

(1) Troplong, *Prescript.*, nos 712 et 738. — Cass., 12 mai 1834. Sirey, 34, 1, 333. — Douai, 17 janv. 1845. Sirey, 45, 2, 277. — Angers, 6 fév. 1847. Sirey, 47, 2, 201.

(2) Bordeaux, 14 janv. 1857. Sirey, 57, 2, 353.

Mais la prescription courra contre lui de ce jour-là, et non point seulement de la signification des actes ou de la connaissance acquise après recouvrement définitif de la raison. A l'égard des héritiers, elle courra de même à partir de la mort de leur auteur, sans qu'ils aient besoin d'en recevoir la signification, ou d'en acquérir la connaissance. Les dispositions de la loi du 30 juin 1838 sont des dispositions exceptionnelles, qui ne doivent être appliquées qu'aux personnes placées dans des établissements d'aliénés, et aux seuls actes qu'elles ont passés pendant qu'elles y étaient retenues. Ainsi, les actes qu'elles auront pu faire avant leur entrée ou après leur sortie, seront soumis, quant à la prescription de l'action en nullité ou en rescision, à la même prescription que les actes passés par des personnes en démence de fait, non frappées d'interdiction, et qui n'auraient point été placées dans des établissements d'aliénés.

Cette différence peut s'expliquer par cette considération, que l'état de démence d'une personne reçoit de son placement dans une maison d'aliénés une publicité non équivoque; que les tiers qui contractent avec elle pendant sa détention sont plus ou moins suspects de dol et de fraude, et que, dès lors, l'équité réclame des dispositions plus sévères, quant au point de départ de la prescription à laquelle sont soumises les actions en rescision ou en nullité. A ce point de vue, l'erreur et le dol sont dans la passation même de l'acte, et leur découverte se confond avec la connaissance acquise du contrat.

Quoi qu'il en soit, et à l'égard des unes et des autres, lorsque la prescription a commencé régulièrement de courir, elle n'est point suspendue par un nouvel état de démence, sans interdiction, qui succèderait à une guérison plus ou moins prolongée. Car il ne résulte de cette situation aucune condition d'incapacité légale.

26. Quant aux actes faits par les mineurs, le temps ne court que du jour de la majorité. Mais ce point de départ est inva-

riable, soit qu'il s'agisse d'un acte fait par le mineur lui-même, ou d'un acte fait par le tuteur au nom du mineur. Dans l'un et l'autre cas, la prescription court du jour de la majorité, et non point seulement du jour où le mineur a acquis connaissance de l'acte contre lequel il entend se pourvoir en rescision ou en nullité (1).

27. Lorsque l'acte est rescindable pour lésion, la prescription de l'action en rescision court du jour même où il a été passé. Mais il arrive quelquefois que la lésion se mélange de certains éléments d'erreur qu'il n'est pas toujours facile de discerner. La distinction en est cependant fort importante, puisque le point de départ de la prescription varie suivant les cas.

Si, considérés en eux-mêmes, les éléments d'erreur sont insuffisants pour caractériser une erreur capable, aux termes de l'article 1110, d'entraîner la nullité de la convention, alors ils se confondent avec la lésion simple. Dans le cas contraire, ils constituent un vice qui donne lieu par lui-même à une action en nullité, dont la prescription doit être appréciée indépendamment de toute circonstance de lésion.

28. Au lieu de donner ouverture à une action en nullité ou en rescision, l'erreur peut fonder l'action en répétition de l'indû (1376). Cette dernière action se distingue de l'autre par son principe et par la prescription à laquelle elle est soumise. Car elle n'est prescriptible que par trente ans, à partir du payement qui a été effectué, sauf les suspensions et interruptions de droit. Leur distinction est donc fort importante. L'action en rescision suppose un contrat; la répétition de l'indû, un simple payement. Ce sera donc à l'une ou à l'autre de ces espèces d'actes qu'il faudra toujours ramener l'acte qu'il s'agira d'apprécier, pour déterminer le genre d'action auquel il donne lieu.

(1) Zachariæ, t. 2, p. 445, nte 26, 1re édit., et t. 4, p. 279, nte 32, 4e édit. — Cass., 30 mars 1830. Sirey, 30, 1, 238.

29. De ce que l'article 1304 dispose que la prescription ne court que du jour où le dol et l'erreur ont été découverts, ou que la violence a cessé, l'on doit conclure que l'action n'est point prescrite, lorsque le dol et l'erreur ont été découverts, ou que la violence a cessé depuis moins de dix ans, quoiqu'elle ait été intentée après plus de trente ans utiles depuis la passation de l'acte. Toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont, il est vrai, déclarées prescrites par trente ans (2262). Néanmoins, les termes de la loi sont absolus lorsqu'ils fixent le point de départ de la prescription et en déterminent les causes de suspension. Il en résulte que les actions en nullité ou en rescision peuvent durer, à raison du point de départ de leur prescription décennale, plus longtemps que les actions soumises à la prescription trentenaire, laquelle n'admet pas les mêmes causes de suspension. Cette conséquence peut paraître en opposition avec la pensée du législateur, qui a été d'abréger plutôt que d'étendre les délais; mais elle n'en résulte pas moins incontestablement des dispositions formelles de l'article 1304 et des principes rigoureux du droit.

En effet, la prescription décennale des actions en nullité ou en rescision n'est admise que dans la supposition que l'acte peut être valablement confirmé ou ratifié. Elle correspond, ainsi que l'établit le texte de l'article 1115, à une pensée de ratification ou de confirmation possible. Aussi longtemps que l'acte ne peut être ainsi validé, la prescription demeure donc suspendue, comme manquant de base légale, puisque la permanence du vice de consentement ou de capacité fait incessamment obstable à ce qu'il intervienne aucun acte valable de confirmation ou de ratification. Aussi M. Bigot de Préameneu, présentant le projet de loi au corps législatif, disait-il avec beaucoup de raison : « Pendant tout le temps qu'elle dure (la violence), elle renouvelle et confirme le droit de se pourvoir, et le délai ne serait plus de dix ans, s'il commençait plus tôt. » Et quand aux cas d'erreur et de dol, il ajoutait : « Il faut, pour que le délai dans lequel l'action doit être formée

commence, qu'il ait été possible de l'intenter. Ainsi, dans le cas d'erreur ou de dol, ce ne peut être que du jour où ils ont été découverts (1). » Alors donc que moins de dix ans se sont écoulés depuis la cessation de la violence ou la découverte du dol et de l'erreur, on ne peut considérer comme prescrite l'action en nullité ou en rescision, bien que plus de trente ans se soient écoulés depuis la passation de l'acte attaqué (2). Et la même décision doit être prise au cas où il s'agit d'un vice de capacité, résultant de l'interdiction ou du mariage.

30. C'est à la partie qui invoque quelque cause de suspension, telle que le dol, l'erreur, la violence, le mariage, l'interdiction, la minorité, la dation d'un conseil judiciaire, la démence, le placement dans un établissement d'aliénés, à en établir l'existence et à prouver que la prescription décennale a été suspendue à son profit. Du moment, en effet, que l'autre partie a justifié du laps de dix années à partir de l'acte, elle a en sa faveur une présomption de prescription acquise; et c'est à son adversaire, qui devient demandeur quant à son exception, à démontrer, par exemple, que la violence a cessé, que le dol et l'erreur ont été découverts, que le mariage a été dissous, depuis moins de dix ans (3).

31. Indépendamment des causes de suspension indiquées spécialement par l'article 1304, les autres causes de suspension ou d'interruption de la prescription en général, doivent être appliquées également aux actions en rescision ou en nullité. Le titre de la prescription contient, en effet, un ensemble de dispositions générales et communes aux diverses espè-

(1) Fenet, t. 13, p. 287.

(2) Valette, Duranton, et Demante, Consultation rapportée dans Sirey, t. 54, 2, 49. — *Contrà*, Paris, 22 juill. 1853. Sirey, 54, 2, 49. — Zachariæ, t. 4, p. 282, n[te] 32, 4[e] édit.

(3) Duranton, t. 12, n° 536. — Zachariæ, t. 2, p. 445 n[te] 28, 1[re] édit., et t. 4, p. 281, n[te] 38, 4[e] édit. — Marcadé, art. 1304, n° 2. — Cass., 26 juill. 1825. Sirey, 25, 1, 370.

ces de prescriptions particulières dont le législateur s'était ailleurs et antérieurement occupé. Ce n'est que par elles que ses dispositions spéciales peuvent être complétées, régularisées, et que les lacunes si nombreuses qu'elles présentent peuvent être comblées.

Chaque fois que le Code a introduit dans une matière spéciale une prescription particulière, il s'est borné à en fixer la durée, et si alors il a déterminé quelques-unes des conditions auxquelles elle était assujettie, c'est moins pour la soustraire à l'application des règles communes et générales que pour marquer en quoi il y était dérogé. Chaque exception doit donc être restreinte dans ses termes; et là où elle cesse, la règle reprend aussitôt son empire. Or, l'article 1304 ne contient d'exceptions que quant au temps, qui est de dix années, et quant au point de départ de la prescription, qui n'est autre que celui où le vice a pu cesser et être couvert par le fait volontaire des parties contractantes. Pour le surplus, l'insuffisance de ses dispositions appelle, plutôt qu'elle ne l'exclut, l'application des principes généraux consacrés au titre de la prescription.

La prescription de l'action en nullité ou en rescision peut donc être interrompue naturellement ou civilement, de même que la prescription ordinaire (2242 et suiv.).

Elle reste soumise aux diverses causes de suspension autres que celles qui sont indiquées par l'article 1304 (2251 et suiv.). Ainsi, elle est suspendue par la condition à laquelle est soumis le contrat (1).

Nous devons même remarquer, à ce sujet, que les causes extraordinaires de suspension lui sont également applicables. Telle est la suspension établie par les décrets des 9 septembre et 3 octobre 1870 et par la loi du 26 mai 1871, promulguée le 1er juin suivant. La prescription dont nous nous occupons ici aura donc été suspendue, à raison des faits de guerre et

(1) TOULLIER, t. 7, nº 609. — *Contrà*, DURANTON, t. 12, nº 534.

de l'impossibilité présumée d'agir, pendant tout le temps qui s'est écoulé depuis le jour où la guerre a été déclarée, 19 juillet 1870, jusqu'au onzième jour après la promulgation de cette dernière loi, et spécialement pour le département de la Seine, jusqu'au onzième jour après l'insertion au journal officiel (elle a eu lieu le 7 juin 1871), d'un avis du ministre de la justice annonçant le rétablissement du cours de la justice dans ce département. De pareilles dispositions, on le comprend, ont un caractère exceptionnel comme les événements qui les provoquent.

32. De même elle est suspendue au profit du mineur qui succède à un majeur. Ce point est cependant l'objet d'une vive controverse. On a prétendu (1) que l'article 1304, en disant que la prescription ne court, à l'égard des actes faits par les mineurs, que du jour de la majorité, restreint par cela même le bénéfice de la suspension, pour cause de minorité, au cas où l'acte a été consenti par le mineur qui l'attaque plus tard. Son silence touchant la suspension de la prescription, quand l'auteur de l'acte est représenté par un mineur, est ainsi interprété dans le sens d'une exclusion de toute suspension dans ce cas. Suivant cette opinion, n'en avoir rien dit, c'est l'avoir rejetée.

On sait combien est faible, en général, une pareille argumentation. La démonstration de sa fausseté est ici complète.

Le droit romain, en effet, décidait formellement que la minorité suspendait la prescription au profit de celui qui succédait au majeur dans l'exercice de l'action (2). Et ce principe était passé dans notre ancienne jurisprudence (3). Il faudrait que le Code civil eût innové, et, pour preuve de cette innovation, il faudrait d'abord autre chose que son silence, qu'un

(1) Toullier, t. 7, n° 615. — Duranton, t. 12, n° 548; et t. 21, n° 292. — Angers, 22 mai 1834. Sirey, 34, 2, 337.

(2) L. 19, *ff. De minor.*

(3) Voy. Merlin, Rép., v° *Rescision.*

défaut d'expression. De son silence même, on est plutôt autorisé à conclure le maintien des anciennes règles et du droit commun.

De quel objet s'occupe l'article 1304? Il fixe le point de départ de la prescription; il le place à la majorité. Il reconnaît donc dans la minorité un obstacle légal au cours de la prescription. Or, si aux yeux du législateur la minorité empêche la prescription de commencer, elle doit par les mêmes raisons l'empêcher de courir. Ce sont toujours les mêmes effets de la minorité, appliqués à la prescription, mais variant, dans leur application, de l'obstacle à la suspension, suivant qu'il s'agit d'une prescription à son début ou d'une prescription en cours.

L'article 1304 n'avait même à s'occuper que du point de départ de la prescription; car il ne fait que prévoir le cas où un mineur a fait un acte rescindable pour cause de minorité. C'étaient donc seulement cet acte et la prescription de l'action en nullité qui entraient dans ses prévisions et devaient entrer dans son texte. Voilà pourquoi il ne s'est pas occupé de la suspension de la prescription au profit du mineur représentant le contractant majeur. C'est là une tout autre hypothèse, où ne s'agissant plus de régler le point de départ de la prescription, il n'avait rien à dire de la minorité, en tant du moins qu'elle dût servir à déterminer son commencement. Or, pour le cas de simple suspension, il s'en réfère, par la force même de son silence, aux principes généraux en matière de prescription, et contient un renvoi tacite aux articles 2252 et suivants (1).

De là nous concluons que la minorité est également un motif de suspension dans le cas où un mineur aurait consenti

(1) Merlin, Rép., v° *Rescision*. — Delvincourt, t. 2, p. 806. — Zachariæ, t. 2, p. 445, 1re édit., et t. 4, p. 281, 4e édit. — Marcadé, art. 1304, n° 2. — Cass., 8 nov. 1843. Sirey, 44, 1, 129. — Agen, 10 janv. 1851. Sirey, 51, 2, 780.

l'acte, et serait décédé lui-même en minorité. Il devrait en être sans doute autrement, dans le système des délais préfix proposé par MM. Toullier et Duranton. Mais cette conséquence est un argument de plus contre leur opinion. Car ils sont forcés, ou de faire courir la prescription du jour du décès du mineur, et de violer ainsi l'article 1304 qui fixe le point de départ à la majorité, ou de ne la faire courir que du jour où le mineur décédé aurait atteint sa majorité, et de feindre ainsi une sorte de résurrection que rien n'autorise. N'est-il pas évident, au surplus, que ces deux minorités mises bout à bout, sans que la prescription cesse de courir, sont contraires au système de protection qui apparaît partout dans la loi en faveur des mineurs?

Le délai de dix ans fixé par l'article 1304 est si peu un délai préfix et absolu, que si un majeur succédait au mineur qui a consenti l'acte, incontestablement la prescription commencerait immédiatement à courir, parce que l'incapacité personnelle du contractant aurait fait place à la capacité entière de son successeur. L'article 1304 n'a donc fait qu'appliquer, d'une manière spéciale, au point de départ de la prescription décennale, le privilége général et commun de la minorité.

Aussi, devons-nous appliquer tout ce que nous venons de dire au cas d'interdiction.

33. Le délai de dix ans, relatif à la prescription des actions en nullité ou en rescision, n'a d'autre rapport avec le délai de la prescription prévue par l'article 2265 qu'une similitude de durée. Il est invariable et absolu, sauf les causes de suspension ou d'interruption de droit. Il ne s'augmente point à raison de l'absence. Il ne s'agit point, en effet, de prescrire contre un tiers véritable propriétaire. En outre, les questions de bonne ou de mauvaise foi sont ici indifférentes.

34. L'article 1304, ne s'occupant que des actions en nullité et en rescision, n'est pas applicable aux exceptions de même nature, qui ne sont point, en conséquence, soumises à la pres-

cription de dix ans. Cette différence, quant à la prescription, entre l'action et l'exception, se traduit par la fameuse maxime, *quæ temporalia sunt ad agendum, ad excipiendum sunt perpetua;* l'action est temporaire, l'exception perpétuelle; c'est-à-dire que l'on est toujours à temps d'opposer, par voie d'exception, une nullité ou une rescision qui, présentée, au contraire, par voie d'action, devrait l'être dans un délai limité.

Nous devons insister sur les conditions nécessaires pour qu'il y ait lieu à l'application de cette maxime. Car son véritable sens n'est pas toujours parfaitement compris dans la pratique.

Supposez une personne obligée qui n'ait absolument en rien exécuté son engagement; elle pourra, aussi longtemps que durera l'action du créancier, opposer toutes les exceptions de nature à entraîner l'annulation de l'acte, quand bien même il se serait écoulé un temps plus long que celui fixé par la loi pour l'attaquer par action principale en nullité ou en rescision. En un mot, l'exception ne se prescrit point comme l'action. Mais il est essentiel que l'obligé ait conservé toute sa liberté, qu'il soit resté en possession de tous ses droits, comme si l'acte n'existait point. Ce n'est que dans ce cas seulement qu'il peut se prévaloir de la maxime *quæ temporalia...*

Ainsi entendue, elle ne fait qu'exprimer une vérité incontestable; car elle résulte de la nature même des choses. Celui qui reste constamment en possession de tous ses droits, nonobstant l'acte qu'on peut lui opposer, et comme si cet acte n'existait pas du tout, n'a, en effet, tant que dure cette possession, aucune initiative à prendre. Il n'a pas besoin d'agir pour s'y faire maintenir, puisque, par le fait, il s'y maintient. Ce n'est pas à lui à provoquer l'action, il n'a qu'à l'attendre; comme il n'y a aucun intérêt, la loi ne saurait le contraindre à agir pour réclamer un droit qu'il a conservé dans ses mains; et, dans l'attitude tout expectante qu'il n'a qu'à garder, sa possession de fait l'empêche d'encourir aucune prescription. C'est en ce sens que l'on dit encore : tant dure l'action, tant dure l'exception.

Ce n'est pas que le prétendu obligé ne puisse, malgré sa possession, prendre l'initiative et aller au-devant de l'attaque de son adversaire, pour faire prononcer contre lui l'annulation de l'acte. Mais rien ne l'y oblige, à défaut de tout intérêt juridique de sa part; et cela suffit pour qu'il soit dispensé d'agir, et qu'il reste à l'abri de toute prescription, puisqu'une action ne pourrait pas lui donner plus que sa possession actuelle.

Ces principes s'appliquent aussi bien à la prescription particulière des actions en nullité ou en rescision, qu'à la prescription ordinaire de toutes autres actions civiles. Cependant, l'ordonnance de 1539, article 134, voulait qu'on poursuivît l'annulation des contrats dans les dix ans, tant en demandant qu'en défendant. L'exception ne durait alors pas plus longtemps que l'action. Mais Dumoulin disait de cette disposition qu'elle était inique, et il ne paraît pas que, même sous l'ancien droit, elle ait été rigoureusement appliquée.

Le Code civil, en n'assimilant point quant à leur durée, comme le faisait l'ordonnance, l'exception et l'action en rescision ou en nullité, a, par son silence même, consacré l'ancienne maxime, fondée sur la raison et la nature des choses. Les exceptions sont ainsi restées ou plutôt replacées sous l'empire de la règle *quæ temporalia* (1)...

Ainsi, le vendeur qui sera constamment resté en possession de la chose, pourra, quel que soit le temps écoulé, opposer à la demande de l'acquéreur l'exception de nullité ou de rescision tirée du dol, de l'erreur, de la violence, de la lésion ou de l'incapacité.

Le mineur devenu majeur pourra, même après les dix ans de sa majorité, faire déclarer, par voie d'exception proposée,

(1) Troplong, *Prescript.*, nos 827 et suiv. — Merlin, Rép., v° *Prescript.*, sect. 2, § 25. — Delvincourt, t. 2, p. 807 et suiv. — Toullier, t. 7, nos 600 et suiv. — *Contrà*, Duranton, t. 12, n° 549. — Marcadé, art. 1304, n° 3.

la nullité ou la rescision de la convention passée avec lui en minorité, et dont son adversaire demande contre lui l'exécution (1).

Tel est encore le cas où les héritiers d'une femme qui est restée en possession, sans trouble, des biens par elle donnés, sont plus tard, après son décès, actionnés par le donataire en délivrance des biens. Ils peuvent, alors même que plus de dix ans se sont écoulés depuis la donation, opposer la nullité de l'acte; par exemple, parce que l'autorisation du mari n'est point constatée par un acte authentique (2).

De même, l'action en rescision ou en nullité d'une institution contractuelle faite par un mineur, ne se prescrit point par dix ans à partir de sa majorité. Il est toujours à temps de proposer l'exception.

Elle ne se prescrit point non plus, si elle a été faite par une femme mariée non autorisée, par dix années à partir de la dissolution du mariage. L'exception produit alors son effet, en ce sens que les héritiers de l'instituante, tant qu'ils ont conservé la possession des biens compris dans la donation, peuvent opposer à la demande de l'institué la maxime *quæ temporalia* (3). Si la Cour de cassation (4) a décidé le contraire dans le cas d'une institution faite par un mineur, c'est qu'il s'agissait d'un acte régi par les principes de l'ordonnance de 1539, qui voulait que l'action fût intentée dans les dix ans, tant en demandant qu'en défendant.

Mais il faut bien remarquer, quant à l'application de la maxime, que l'exception seule est maintenue, et non l'action; que le maintien en possession de celui qui s'en prévaut n'est

(1) Paris, 21 avril 1836. Sirey, 37, 2, 17. — Rouen, 9 janv. 1838. Sirey, 38, 2, 110. — Cass., 21 juin 1880. Sirey, 80, 1, 297.

(2) Cass., 1er déc. 1846. Sirey, 47, 1, 289.

(3) Merlin, Rép., v° *Prescript.*, sect. 2, § 25, et vis *Inst. cont.*, § 4, n° 2. — *Contrà,* Duranton, t. 9, n° 725. — Toullier, t. 7, n° 610. Grenier, *Donat.*, n° 431 *bis*.

(4) 30 nov. 1814. Sirey, 15, 1, 53.

pas une suspension de la prescription de l'action elle-même. Lors donc que la partie qui attaque l'acte, pour nullité ou rescision, a perdu la possession, qui seule proroge indéfiniment l'exception, son action se trouve prescrite, y eût-il même moins de dix ans écoulés depuis sa perte de possession, si plus de dix années utiles ont couru depuis le contrat. C'est qu'alors elle en est réduite au rôle de demandeur par voie d'action directe. Cette observation est de la plus haute importance.

35. Il arrive souvent, par l'effet du hasard ou des circonstances, ou de la préméditation des gens d'affaires, que la contestation est engagée de telle façon que la nullité ou la rescision de l'acte est proposée comme par voie d'exception, tandis que, en réalité, elle l'est par voie d'action principale. Les juges doivent alors s'appliquer à éviter les piéges qui leur sont tendus, et à se garantir contre les surprises qui peuvent les égarer.

La maxime que nous venons de rappeler cesse, en effet, d'être applicable, lorsque le demandeur, après avoir introduit l'action, amène le défendeur à lui opposer, comme fin de non recevoir, l'existence du contrat, et qu'il en demande alors, par voie de réplique, la nullité ou la rescision. Par exemple, je vous demande le payement d'une somme que vous me devez; vous m'opposez une quittance; à quoi je réplique que la quittance est entachée de dol, de violence. Le défendeur sera fondé à répondre que, la quittance remontant à plus de dix ans, l'action en nullité ou en rescision qui la conserve se trouve prescrite, sans que je puisse opposer la maxime. Je ne suis plus, en effet, en possession de ma créance; je l'ai perdue en donnant quittance. J'ai donc intérêt à agir, à prendre l'initiative. Car, en restant dans la situation où je suis, je ne suis plus créancier; et c'est précisément ce que je conteste. Je suis donc, en réalité, demandeur en nullité, et je dois agir dans les dix ans de ma quittance pour la faire annuler (1).

(1) Troplong, *Prescript.*, n° 832.

36. Il en est de même au cas où un mineur devenu majeur forme, plus de dix ans après sa majorité, une demande en payement d'une créance contre laquelle le défendeur oppose une quittance. Le demandeur ne peut, sous forme de réplique, opposer la nullité du payement, en prétendant qu'il a été fait en état de minorité, et qu'il n'en a nullement profité. D'une part, en effet, ce payement est une véritable convention, à laquelle s'applique la prescription décennale fixée par l'article 1304; et, d'autre part, on ne saurait prétendre que le créancier qui a reçu un payement non valable, n'a d'intérêt à en contester la validité que lorsque le débiteur, pour échapper à ses poursuites en payement, vient à le lui opposer. Nous répéterons ici ce que nous disions tout à l'heure : le prétendu créancier est si peu défendeur à l'exécution de l'engagement, il demande si peu à être maintenu dans la position où il se trouve, c'est-à-dire dans la position d'un créancier qui a donné quittance, et, conséquemment, a cessé de l'être, qu'il veut, au contraire, par suite de la nullité du payement, faire revivre sa créance. Ce n'est donc pas le cas d'appliquer la maxime (1).

37. Elle cesse également d'être applicable de la part du demandeur qui, poursuivant la restitution d'un objet qu'il ne possède pas, attaque, par voie de réplique, de nullité ou de rescision, une convention que le défendeur lui oppose comme lui ayant attribué la propriété de la chose. C'est, encore une fois, qu'elle ne peut être invoquée que par celui qui, étant en possession, n'a pas besoin, tant qu'il n'est pas attaqué, de recourir à d'autres titres, et non par celui qui, ayant laissé posséder à son préjudice, demande l'annulation du titre qu'on lui oppose (2). Et cette prescription par dix ans a lieu sans que la possession du défendeur ait été de nature à constituer une

(1) Cass., 27 juin 1837. Sirey, 38, 1, 426. — Zachariæ, t. 8, p. 425, 4e édit. — *Contrà*, Zachariæ, t. 5, p. 805, nte 4, 1re édit.,

(2) Cass.. 5 avril 1837. Sirey, 37, 1, 434. — Lyon, 10 août 1869. Sirey, 69, 2, 124. — Bordeaux, 27 juillet 1871. Sirey, 72, 2, 221.

exécution volontaire, de la part de l'autre partie, et capable de couvrir les vices du contrat.

La maxime ne saurait non plus être invoquée par le cohéritier mineur qui, après avoir aliéné ses droits successifs en minorité, forme plus de dix ans après sa majorité une action en pétition d'hérédité ou en partage, et prétend attaquer de nullité ou de rescision le traité que les autres parties lui opposent. A défaut de possession et de son maintien dans l'intégrité de ses droits, il ne peut s'en prévaloir (1).

Il en est enfin de même, au cas où l'acquéreur évincé d'une portion de la chose, sur la poursuite en rescision ou en nullité de l'un des vendeurs solidaires, exerce un recours en garantie contre les autres plus de dix années utiles après la vente. Ces derniers ne peuvent prétendre qu'ils sont à temps d'opposer eux-mêmes l'exception de nullité ou de rescision. L'obligation de garantie n'est, en effet, qu'un accessoire de l'obligation principale dont les vices sont couverts.

Voici une espèce que M. Toullier (2) emprunte à Imbert et à Henrys ; nous la résumons : Un cohéritier, dans les dix ans de sa majorité, mais plus de dix ans après le partage, en demande la rescision pour cause de lésion. L'autre copartageant sur la tête duquel plus de dix ans utiles ont couru, demande lui-même la réduction du lot de son adversaire, sous prétexte de l'existence d'un posthume qui n'avait pas été compris dans le partage. Cette action en rescision ou en réduction n'est sans doute recevable que parce qu'elle tend à écarter la lésion dont se plaint le demandeur, et ensuite parce que le partage ne peut être rescindé sans que toutes parties soient remises au premier état. Mais le demandeur n'avait qu'à se désister de sa demande avant tout jugement; et alors le défendeur n'aurait pas pu présenter son exception, qui n'est en réalité qu'un moyen de défense, ou mieux encore qui suppose un acquiescement à la demande en rescision formée contre lui.

(1) Zachariæ, t. 5, p. 806, 1re édit., et t. 8, p. 425, 4e édit.
(2) T. 7, no 601.

38. Concluons : L'application de la maxime *quæ temporalia*... est ainsi indépendante de l'ordre dans lequel s'agitent les question de nullité ou de rescision. Ne constituent-elles au fond qu'une action principale, sous forme d'exception? Alors la nullité ou la rescision ne saurait se soustraire à la prescription décennale. Si, au contraire, la demande, quoique présentée sous la forme d'une action principale, constitue une véritable exception, la prescription de dix ans cesse de lui être applicable. Tel est le cas où, étant resté en possession et dans l'intégrité de tous mes droits, n'ayant qu'à attendre en toute sécurité, je prends néanmoins l'initiative, et préviens mon adversaire en formant contre lui une demande en nullité ou en rescision. La prescription de dix ans ne peut m'être opposée. Car la direction que j'ai donnée au débat, et l'ordre dans lequel j'ai proposé les questions, ne peuvent pas plus me nuire dans ce cas, que me profiter dans l'autre (1).

39. D'autre part, quant au point de départ de la prescription décennale, il convient de le fixer, non pas au moment où la sécurité du débiteur commence à être troublée, mais seulement à celui où il a un intérêt juridique actuellement formé à agir en nullité ou en rescision. Ainsi, le créancier fait signifier son titre aux héritiers de l'obligé, conformément à l'article 877, C. civ. ; le débiteur, restant toujours dans l'intégrité de ses droits, nonobstant cette signification, ne sera pas tenu, sous peine de déchéance, d'agir dans les dix ans (2).

En vain objecte-t-on que cette signification a, du jour où elle a été faite, troublé sa sécurité. Cette objection n'a en droit aucune valeur, et elle n'en a pas davantage si l'on suppose une notification de transport, une sommation, un commandement. Car si de pareils actes expriment l'intention de poursuivre de la part du créancier, ils ne font pas que le débiteur ait payé, et qu'en conséquence il ait intérêt à prendre l'initiative. La

(1) Cass., 5 déc. 1826. Sirey, 27, 1, 308.
(2) *Contrà*, Riom, 19 fév. 1845. Sirey, 46, 2, 188.

maxime *quæ temporalia* n'est point, en effet, fondée sur la sécurité du débiteur, mais sur son défaut d'intérêt, qui le place dans une telle situation, vis-à-vis de son adversaire, que la prescription ne court point contre lui, parce qu'il ne peut agir. La notification, le commandement même lui apprennent seulement qu'il doit, ou plutôt que l'on prétend qu'il doit. Mais il pouvait tout aussi bien le savoir déjà, s'il a souscrit personnellement l'obligation, sans que pour cela, sa sécurité cessant, il encoure une déchéance quelconque. Tant qu'on ne le poursuivra pas judiciairement, il sera donc incessamment à temps d'opposer la maxime.

40. Nous allons examiner maintenant quelques cas particuliers où il a été prétendu qu'il y avait exception aux règles générales posées par l'article 1304, en ce qui concerne, soit la durée, soit le point de départ de la prescription décennale.

Lorsqu'un traité est intervenu entre le tuteur et le pupille, sans reddition de compte préalable, contrairement aux dispositions de l'article 472, la nullité ou la rescision de ce traité se prescrit-elle par dix ans, non pas à partir de sa date, suivant l'article 1304, mais à partir de la majorité du pupille, ou de sa mort, suivant l'article 475?

Si le traité est attaqué pour l'une des causes ordinaires et communes de nullité ou de rescision, telles que dol, erreur, violence, incapacité, indépendamment du moyen résultant de l'inobservation de l'article 472, il est clair que, dans ce cas, la prescription ne court qu'à partir de l'une des époques indiquées par l'article 1304 (1).

Nous supposons donc que le traité est attaqué uniquement pour inobservation de l'article 472. On dit alors, pour l'application de l'article 475, que cet article est destiné à protéger le

(1) Zachariæ, t. 1, p. 251, n^te 13, 1re édit., et t. 1, p. 495, 4e édit. — Magnin, *Minorités*, t. 1, n° 737. — Demolombe, t. 8, n°s 164 et suiv. — Cass., 10 fév. 1830. Sirey, 30, 1, 97. — Toulouse, 7 mars 1855. Sirey, 55, 2, 258. — Paris, 10 août 1864. Sirey, 6 , 2, 286.

tuteur contre toute demande se rattachant à son administration, et postérieure au délai de dix ans qu'il détermine; qu'il contient ainsi une dérogation à l'article 1304; qu'autrement, l'action en nullité formée par le pupille devenu majeur serait sans objet, puisque, d'une part, il ferait annuler le traité, sans pouvoir, de l'autre, obtenir de compte de tutelle; qu'il en résulterait encore que le tuteur qui aurait traité avec son pupille, serait soumis à une plus longue responsabilité que celui qui n'aurait rendu aucun compte (1).

Dans le sens de l'opinion contraire, qui fait courir la prescription décennale seulement du jour du traité, et cette opinion nous paraît préférable, voici ce qu'on répond : La distinction proposée se réfute d'elle-même, car l'article 472 présume en faveur du pupille un vice d'erreur et de dol, c'est-à-dire un vice de droit commun. L'on ne comprendrait donc pas que, dans ce cas, la prescription fût abrégée contre lui, quand cette présomption légale le dispense même d'établir le vice d'erreur et de dol sur lequel il fonde son action en nullité, et qui résulte de la seule production du traité informe. L'article 475 suppose une prescription en dehors de tout traité. Or, du moment qu'un traité est intervenu entre le tuteur et le pupille, il ne peut plus s'agir de la prescription du compte de tutelle, suivant l'article 475, mais de l'action en nullité d'un acte, suivant l'article 1304; car la prescription d'une action ne saurait précéder son existence. Si le tuteur qui a traité est plus longtemps responsable, c'est une conséquence très légale de l'existence du traité intervenu, qui contient une reconnaissance des droits du pupille, et opère ainsi en sa faveur interruption de la prescription. Dès lors il n'est pas exact de prétendre que l'annulation du traité laisse le pupille sans action en compte de

(1) ZACHARIÆ, t. 1, p. 251, 1re édit., et t. 4, p. 494, nte 35, 4e édit. — MALEVILLE, art. 475. — MERLIN, Rép., vo *Tutelle*, sect. 5. — DEMOLOMBE, *ibid.* — Cass., 26 juill. 1819. SIREY, 20, 1, 43. — Douai, 26 nov. 1841. SIREY, 43, 2, 453.

tutelle, puisque cette action reprend son cours de dix années, à partir de l'interruption de la prescription, c'est-à-dire du traité. Cet acte, tout irrégulier et rescindable qu'il puisse être, donne lieu à une nouvelle ère de prescription, comme ferait une déclaration du tuteur reconnaissant qu'il doit un compte de tutelle. En effet, la nullité ou la rescision prononcée d'un acte ne fait pas réputer non avenus, à l'égard de la personne contre laquelle elle est déclarée, les aveux et reconnaissances qu'il contient, lorsque ces aveux et reconnaissances, émanant d'une personne capable, sont d'ailleurs indépendants du caractère sous le rapport duquel cet acte a été annulé (1). Et ce point est d'une vérité plus sensible encore, si le traité contient autre chose qu'un règlement sur les faits de la tutelle; s'il comprend en outre de ce règlement, par exemple, une cession de droits faite au tuteur, à laquelle il est impossible d'appliquer la prescription de l'article 475 (2),

Que si toutefois l'acte fait, avant la prescription acquise, avec le tuteur ou même son héritier, ne contenait aucune reconnaissance du droit du pupille d'exiger son compte tutélaire, ce dernier, en faisant annuler ou rescinder le contrat, ne pourrait demander un compte de tutelle, plus de dix ans s'étant écoulés depuis sa majorité. C'est qu'alors il n'y a pas eu interruption de la prescription, en ce qui concerne l'action en compte tutélaire (3).

Mais si le traité ne porte, au contraire, que sur les faits de la tutelle, le pupille aura dix ans à partir de cet acte, conformément à l'article 1304, pour en poursuivre la nullité ou la rescision, et obtenir en conséquence un compte de tutelle.

(1) Zachariæ, t. 1, p. 70, n^te 19, 1re édit., et t. 4, p. 123, 4e édit. — Troplong, *Prescript.*, n° 618. — Vazeille, *Prescript.*, n° 228.

(2) Toullier, t. 2, n° 1278. — Vazeille, *Prescript.*, t. 2, n° 581. — Valette, sur Proud'hon, *État des personnes*, t. 2, p. 421. — Limoges, 21 mai 1840. Sirey, 40, 2, 483.

(3) Limoges, 21 mai 1840. Sirey, 40, 2, 483. — Voy. encore Cass., 1er mai 1850. Sirey, 50, 1, 542. — 5 juin 1850. Sirey, 50, 1, 714.

Que si le traité contient, outre la transaction sur ce compte, une cession de droits successifs au profit du tuteur, l'action du pupille intentée dans les dix ans de l'acte, toujours suivant l'article 1304, aura pour effet d'entraîner l'annulation du traité dans son entier; de telle sorte qu'il sera réintégré dans les droits cédés, et pourra demander un nouveau compte, sans que les juges puissent diviser l'acte, et décider, en faisant une sorte de ventilation du prix, que l'action en rescision ou en nullité est recevable dans les dix ans de l'acte, en ce qui concerne les droits cédés; mais qu'elle ne l'est pas en ce qui concerne la reddition d'un nouveau compte, si elle a été intentée plus de dix ans après la majorité du pupille. Car une pareille division serait contraire au principe même de l'indivisibilité des contrats.

Ce qui nous confirme dans notre opinion, c'est que, dans notre ancienne jurisprudence, le pupille qui avait traité avec son ancien tuteur, sans examen du compte et sans communication des pièces justificatives, avait, aux termes de l'ordonnance, dix ans du jour du traité pour s'en faire relever par entérinement des lettres de rescision (1). Nonobstant même l'annulation du traité, il avait le droit de retenir les sommes qu'il avait reçues, jusqu'à ce que le tuteur lui eût rendu un nouveau compte (2). Si le Code civil a réduit par l'article 475 à dix années la prescription de l'action en compte de tutelle, qui autrefois durait trente ans, il n'a point changé, en l'abrégeant, le caractère de cette prescription; et elle doit aujourd'hui se combiner, dans le cas où un traité irrégulier est intervenu entre le tuteur et le pupille, avec celle de l'article 1304, comme autrefois avec celle des ordonnances de 1510 et de 1539, en demeurant soumise aux causes ordinaires de suspension et d'interruption communes à toute prescription.

(1) Argou, *Instit.*, t. 1, p. 145. — Valin, *La Rochelle*, art. 24, n° 185. — Rousseaud de Lacombe, v° *Restitution*, sect. 1, n° 4.

(2) Valin, *La Rochelle*, art. 24, n° 218.

41. Nous touchons à une question plus importante encore, à raison de son intérêt pratique, des vives controverses dont elle a été l'objet, et des oscillations et des retours de la jurisprudence.

Il s'agit de savoir si l'action en rescision dirigée contre un partage d'ascendant par voie de donation entre vifs, pour lésion de plus du quart ou pour excès de la quotité disponible, aux termes de l'article 1079, est prescriptible par dix ans, à partir du jour même de l'acte (1), ou bien, au contraire, seulement à partir du décès de l'ascendant (2). Nous n'hésitons pas à adopter la première opinion, celle qui fait courir la prescription du moment du partage.

Nous ne saurions mieux faire, avant d'essayer de réfuter les raisons sur lesquelles se fonde l'opinion contraire, que de transcrire ici les motifs d'un arrêt de la Cour suprême, du

(1) Duranton, t. 9, nos 646 et 647. — Vazeille, *Prescript.*, t. 2, n° 563, et *Donat.*, art. 1080, n° 2. — Zachariæ, t. 2, p. 444, nte 23; et t. 5, p. 489, 1re édit. — Dalloz, t. 36, 1, 297. — Bordeaux, 1er avril 1833. Sirey, 33, 2, 324. — Limoges, 24 déc. 1835. Sirey, 36, 2, 78. — Cass., 12 juill. 1836. Sirey, 36, 1, 534. — Toulouse, 15 mai 1838. Sirey, 39, 2, 50. — Grenoble, 30 juill. 1839. Sirey, 40, 2, 204. — Nîmes, 12 juill. 1842. — Grenoble, 6 mai 1842. Sirey, 42, 2, 433 et 465. — Dijon, 11 mai 1844. Sirey, 44, 2, 669. — Cass., 4 fév. 1845. Sirey, 45, 1, 305. — Douai, 24 janv. 1846. Sirey, 46, 2, 241. — Bordeaux, 23 déc. 1845. Sirey, 46, 2, 241. — Bordeaux, 23 mai 1846. Sirey, 47, 2, 174.

(2) Conclusions de M. Pascalis, Sirey, 47, 1, 481. — Troplong, *Donat.*, nos 2331 et suiv. — Zachariæ, t. 8, p. 41, 4e édit. — Bordeaux, 6 juill. 1824. Sirey, 25, 2, 115. — Agen, 4 janv. 1827. Sirey, 27, 2, 85. — Caen, 15 juin 1835. Sirey, 38, 2, 521. — Nîmes, 17 mars 1841. Sirey, 41, 2, 335. — Montpellier, 25 mai 1842. Sirey, 42, 2, 523. — Cass., 30 juin 1847. Sirey, 47, 1, 481. — 2 août 1848. Sirey, 49, 1, 258. — 16 juillet 1849. Sirey, 49, 1, 622. — Bordeaux, 30 juill. 1849. Sirey, 50, 2, 37. — Agen, 12 juin 1849. Sirey, 50, 2, 37. — Nîmes, 24 déc. 1849. Sirey, 50, 2, 308. — Agen, 28 mai 1850. Sirey, 51, 2, 177. — Orléans, 17 janv. 1851. Sirey, 51, 2, 426. — Cass., 31 janv. 1853. Sirey, 53, 1, 153. — 28 fév. 1855. Sirey, 55, 1, 785. — Bordeaux, 22 fév. 1858. Sirey, 58, 2, 561. — Cass., 19 déc. 1859. Sirey, 60, 1, 423. — 7 janvier 1863. Sirey, 63, 1, 121.

4 février 1845, rendu au rapport du savant M. Lasagni. Il contient, en effet, la théorie la plus complète sur le caractère et les effets des partages d'ascendants.

« Vu les articles 1075, 1076, 1077 et 1079 du Code civil : En droit, leurs dispositions forment pour les partages d'ascendants une législation toute spéciale et tout exceptionnelle, ayant pour but de faciliter les arrangements domestiques, de prévenir les contestations et d'assurer, avec stabilité, la paix et l'union des familles, but éminemment utile pour l'ordre social.

» De la lettre comme de l'esprit de ces articles, il résulte : 1° Que sauf la volonté et les stipulations contraires, le partage régulièrement fait par acte entre vifs dessaisit immédiatement, intégralement et irrévocablement l'ascendant partageant des biens y compris, pour en investir aussi immédiatement, intégralement et irrévocablement les descendants copartagés;

» 2° Qu'il fixe, de la même manière, sur la tête de ces derniers, la propriété de ces biens, même à l'égard de la réserve et de la portion disponible qui leur correspondent;

» 3° Que ces biens, enlevés ainsi complètement et à jamais au patrimoine de l'ascendant, sa succession unique consiste ensuite exclusivement dans les biens non compris dans le partage, soit par un effet de la volonté de l'ascendant, soit parce qu'ils ont été acquis par lui après le partage; que ce sont ces biens et ces biens seuls qui, au décès de l'ascendant, doivent être partagés entre les descendants, conformément à la loi;

» 4° Que c'est seulement sur la masse qu'on doit liquider et fixer la réserve légale et la portion disponible, sans qu'aucun rapport, soit réel, soit fictif des biens compris dans le partage, puisse alors être exigé ; d'abord parce qu'ils demeurent, même à l'égard de la réserve légale et de la portion disponible, absolument étrangers à la succession de l'ascendant; en second lieu, parce que la propriété en ayant déjà été acquise pleinement et irrévocablement par chacun des copartagés, il n'est

plus permis d'y toucher, ni directement par un rapport réel, ni indirectement par un rapport fictif; enfin, parce que le but de la loi serait manqué, car le sort de la famille demeurerait incertain et comme suspendu jusqu'à la liquidation de la succession à faire à l'époque plus ou moins éloignée de la mort de l'ascendant;

» 5° Que le partage peut être attaqué pour lésion de plus du quart, et dans le cas où il en résulte que l'un des copartagés aurait un avantage plus grand que la loi ne le permet; mais que, par cela même que cette lésion et cet avantage résultent du partage lui-même, il est au pouvoir de la partie lésée d'agir dès cette époque, et c'est, par conséquent, dès cette époque que doit commencer à courir la prescription de l'une et de l'autre action;

» Si les copartagés eux-mêmes ont concouru à la formation du partage, s'ils l'ont accepté et exécuté, le partage devient alors ce pacte sacré de famille auquel aucun d'eux ne peut plus porter atteinte. »

Certes on ne saurait mieux dire ni motiver plus puissamment une décision. Puis la Cour de cassation se livre à des constatations de fait qui peuvent aisément être appropriées à toutes les causes de cette nature.

Ainsi, il y sera toujours tenu pour constant et reconnu qu'il était dans l'intention de l'ascendant de disposer dans l'acte de partage, d'un commun accord avec les copartagés, de la quotité disponible seulement proportionnelle aux biens qu'il abandonnait, sans renoncer à disposer de la quotité disponible proportionelle seulement aux biens qui pouvaient lui survenir, ou non compris dans le partage. Tous les descendants, intéressés et copartageants, ont adhéré à ces intentions, qui étaient aussi les leurs personnelles. Ils ont manifesté clairement leur adhésion par leur concours et leur consentement à toutes les stipulations du partage, et par l'esprit qui les a dirigés. Il est en même temps toujours incontestable que toutes les parties ont reconnu que l'acte était un pacte de

famille qui devait être entre elles à jamais irrévocable, et dont tout le contenu devait être absolument étranger, sous tous les rapports, au règlement de la succession à venir de l'ascendant sur les biens qu'il pourrait laisser à son décès et qui n'avaient pas été compris dans le partage, sans qu'elles aient besoin de faire de leur intention à cet égard l'objet d'une clause spéciale et expresse, comme la jurisprudence en offre quelques exemples, qui ne sont pour nous que l'expression de la règle générale de droit, au lieu d'être une exception (1).

Ne sont-ce pas là le caractère et les effets généraux des partages d'ascendants, à moins, ainsi que le dit elle-même la Cour de cassation, que les parties n'aient exprimé une volonté et des stipulations contraires. Si elles ont expliqué que l'exécution complète et définitive de l'acte devait être renvoyée à l'époque du décès de l'ascendant et au règlement de sa future succession, alors la prescription de l'action en rescision pour lésion de plus du quart ou pour excès de la quotité disponible, ne court plus du jour de l'acte, mais seulement du décès de l'ascendant. C'est que, dans ce cas, l'acte n'a rien d'irrévocable dans son caractère et dans son exécution; que, sous forme de partage de présuccession, il ne contient, en réalité, qu'un abandon provisoire de biens à titre d'avancement d'hoirie; qu'il est, durant la vie du donateur, protégé par la faculté absolue qui lui appartient de disposer, à sa volonté, de sa fortune; qu'enfin les soi-disant copartagés n'ont, jusqu'à son décès, ni pouvoir ni intérêt d'agir. Mais cette exception même résultant des stipulations particulières des contractants ne fait que confirmer la règle générale si bien établie dans l'arrêt du 4 février 1845 (2).

Quoi qu'il en soit, une distinction a été proposée, quant au point de départ de la prescription décennale, entre l'action en

(1) Voy. Cass., 19 avril 1857. Sirey, 57, 1, 814. — Grenoble, 11 janvier 1864. Sirey, 64, 2, 249.

(2) Vazeille, *Prescript.*, t. 2, n° 563.

rescision pour lésion de plus du quart, et l'action en rescision ou réduction pour excès de la quotité disponible. Tout en convenant que la prescription de la première action commençait à courir du jour même de l'acte, quelques arrêts (1) ont décidé que la prescription de la seconde ne court que du jour du décès du donateur. Mais cette distinction, fondée sur des raisons purement spécieuses que nous combattrons bientôt, a été généralement et à bon droit repoussée par la jurisprudence (2). Ce n'est pas, cependant, que nous ne reconnaissions que l'exercice de ces deux actions est soumis à des conditions différentes.

Il a été même décidé, en conséquence de cette distinction, que lorsque l'acte de partage était attaqué pour excès de la portion disponible, l'action ne se prescrivait que par trente ans, du jour du décès du donateur. Il n'a fallu, pour arriver à ce singulier résultat, qu'exagérer la portée des motifs sur lesquels cette distinction a été établie (3).

Voyons enfin sur quelles raisons on se fonde pour ne faire courir que du jour du décès de l'ascendant donateur, la prescription de l'action en rescision du partage anticipé, soit parce qu'il contient une lésion de plus du quart, soit parce qu'il en résulte au profit de l'un des copartagés un avantage plus grand que la loi ne le permet. Nous les demanderons à la Cour suprême, qui a eu à motiver l'abandon qu'elle a fait de sa première jurisprudence. Quant à l'arrêt du 30 juin 1847, par lequel elle a consommé ce retour, après partage, il se borne à

(1) Annotateurs de Zachariæ, t. 5, p. 495, n[te] 38, 1[re] édit. — Montpellier, 25 mai 1842. Sirey, 42, 2, 523. — 23 déc. 1846. Sirey, 47, 2, 174. — Agen, 28 mai 1850. Sirey, 51, 2, 177.

(2) Troplong, *Donat.*, n° 2333. — Voy. notamm. Cass., 4 fév. 1845. Sirey, 45, 1, 305. — Bordeaux, 23 mai 1846. Sirey, 47, 2, 174. — Cass., 30 juin 1847. Sirey, 47, 1, 481. — 2 août 1848. Sirey, 49, 1, 258. — 16 juill. 1849. Sirey, 49, 1, 622. — 1[er] mai 1861. Sirey, 61, 1, 481.

(3) Montpellier, 23 déc. 1846. Sirey, 47, 2, 174. — Annotateurs de Zachariæ, t. 5, p. 495, n[te] 38, 1[re] édit.

dire sèchement que l'action accordée par l'article 1079 est subordonnée, quant à son exercice, à la mort de l'ascendant, qu'en conséquence la prescription ne court qu'à partir de cette époque. Cherchons donc ailleurs des motifs sérieux. Nous en trouvons quelques-uns dans son arrêt du 2 août 1848. « Jusque-là (le décès de l'ascendant), dit la Cour de cassation, les avantages résultant du partage anticipé en faveur d'un ou de plusieurs des héritiers sont protégés par le droit absolu qu'avait l'ascendant, pendant sa vie, de disposer à titre gratuit de ses biens. En outre, un tel partage ne pouvant avoir pour objet que les biens présents, aux termes de l'article 1076, il est incertain jusqu'au décès, si par l'acquisition d'autres biens à partager, l'état de la succession ne serait pas modifié sous le rapport du droit d'invoquer la lésion contre le premier partage, ou sous le rapport de la quotité disponible. Il suit nécessairement de là que ce n'est également qu'à compter de l'époque du décès de l'ascendant que la prescription contre la dite action, accordée par l'article 1079, a pu commencer à courir. »

Ses arrêts postérieurs sont conçus dans des termes semblables. Elle y a seulement ajouté, par forme de considérations, que toute querelle au sujet du partage, du vivant du père, serait une grave atteinte, non-seulement à la loi, mais aussi à la morale et au respect de la famille (1). Qu'on les compare à l'arrêt si fortement motivé du 4 février 1845, et l'on pourra ne pas désespérer d'un retour de sa part à sa première jurisprudence.

42. Sous l'empire de notre ancien droit coutumier, les donations entre vifs portant partage, plus connues sous le titre de démissions de biens, étaient généralement révocables à la volonté du donateur. Le droit commun était, quant à ces dispositions, leur révocabilité (2). Sous le Code civil, au con-

(1) Voy. 31 janv. 1853. Sirey, 53, 1, 153.

(2) Lebrun, *Success.*, liv. 1, ch. 1, sect. 5, nos 7 et suiv. — Furgole, *Testam.*, ch. 8, sect. 1, nos 192 et suiv,

traire, leur caractère essentiel, c'est l'irrévocabilité. Elles sont de véritables donations entre vifs, mais avec partage entre les donataires ; et cette circonstance particulière, sans leur enlever le caractère d'irrévocabilité qui leur est essentiel, leur attribue certains effets propres à la nature des actes de partage. De là résultent, comme enchaînées l'une à l'autre, toutes les conséquences si bien développées dans l'arrêt de la Cour suprême du 4 février 1845. Toutes les questions qui pourront naître de l'exécution d'un pareil acte, devront donc être renfermées dans l'ordre même des droits qui en résultent pour chacun des donataires copartagés, et dans l'étendue des biens qui ont fait l'objet de la donation et du partage.

Quant à la question spéciale relative à la prescription de l'action en rescision, soit pour lésion de plus du quart ou pour excès de la portion disponible, il est vrai que la loi ne dit nulle part que la prescription court du jour de l'acte. Mais, pour établir qu'elle est suspendue jusqu'au décès du donateur, il faut commencer par prouver que le copartagé lésé ne pouvant agir avant cette époque, est en droit d'invoquer la maxime, *contrà non valentem agere non currit præscriptio*.

Or, dit-on, la loi, par son silence, s'en réfère au droit commun, et le droit commun, en ce qui concerne plus spécialement l'action pour excès de la quotité disponible, est, aux termes des articles 913, 920 et 922, que cette action ne s'ouvre qu'au décès de l'ascendant donateur ; que le droit à la réserve légale prend sa source dans la qualité d'héritiers, et n'échoit qu'avec la succession ; que l'enfant ne peut d'avance s'interdire, par aucune renonciation, l'exercice de ce droit ; que, n'étant pas ouvert durant la vie du donateur, il ne saurait encourir aucune prescription ; que la prescription de son action est ainsi suspendue jusqu'au décès de l'ascendant donateur, époque à laquelle seulement il sera possible d'opérer le règlement de la quotité disponible et de la réserve, eu égard à l'ensemble des dispositions excessives et conséquemment réductibles ; que

jusque-là, enfin, l'action est non recevable (1). Car il a fallu en venir nécessairement à cette conséquence extrême.

Sans doute, en règle générale et dans les circonstances ordinaires, les dispositions excessives sont réductibles à la quotité disponible lors de l'ouverture de la succession de celui qui les a faites (920). Cette réduction se détermine en formant la masse de tous les biens existants au décès du donateur. On y réunit fictivement ceux dont il a été disposé par donation entre vifs, d'après leur état à l'époque des donations et leur valeur au temps du décès du donateur. On calcule sur tous ces biens, après en avoir déduit les dettes, qu'elle est, eu égard à la qualité des héritiers qu'il laisse, la quotité dont il a pu disposer (922).

Mais est-ce bien le cas d'appliquer ici ces dispositions? Leur application suppose, de la part des enfants donataires copartagés, le rapport de tout ce qu'ils ont reçu, rapport qui doit s'opérer, du moins fictivement, lors du décès du donateur. Or, ce rapport ne saurait être fait. Tout rapport entre cohéritiers suppose, en effet, essentiellement une donation qui est faite à l'un, et qui, en même temps, n'est pas faite à l'autre. Il a pour principe et pour but d'établir l'égalité entre les copartageants, et, dans le cas particulier, d'assurer la réserve légale. Mais, lorsqu'il s'agit de donations faites également et simultanément à tous, ou plutôt d'une donation unique avec partage entre tous de son émolument, il ne saurait être question, dans ce cas, de rapports même fictifs, en vue d'établir une égalité qui peut être établie tout de suite, en se référant directement à l'acte même de donation contenant partage au profit de tous les donataires. Et cet acte offre lui-même une base certaine de calculs, puisqu'il n'embrasse que des biens présents, les seuls qu'il puisse comprendre (1076). En un mot, les rapports

(1) Paris, 8 avril 1850. Sirey, 50, 2, 305. — Cass., 14 juill. 1852. Sirey, 52, 1, 749. — Limoges, 25 juin 1855. Sirey, 55, 2, 511. — Agen, 17 nov. 1856. Sirey, 56, 2, 662. — Cass., 6 fév. 1860. Sirey, 60, 1, 428.

s'effectuent en vue d'un partage à faire, mais jamais en conséquence d'un partage consommé, qui ne fait que réaliser, par une application anticipée, le principe de la copropriété de la famille.

L'article 1079, en ouvrant une double action, suivant les cas, contre le partage de présuccession, établit clairement qu'il doit être envisagé en lui-même; que, pour l'apprécier, on n'a pas besoin de se reporter au décès du donateur; que ce décès ne peut le modifier en rien; qu'en conséquence il n'existe aucun obstacle à ce que, dès le lendemain, la partie lésée l'attaque, soit pour lésion de plus du quart, soit pour excès de la portion disponible, si faible qu'elle soit. Dès lors, l'action étant ouverte dès le jour de l'acte, la prescription doit courir de ce moment-là.

De ce que l'acte peut être attaqué du vivant du donateur, il suit que, pour apprécier la lésion ou l'excès de la quotité disponible il faut estimer les biens, non pas suivant leur valeur au décès du donateur, mais suivant leur valeur au moment de la donation (1). C'est que, en effet, l'acte de partage est indépendant des éventualités de l'avenir; qu'il ne peut être soumis à un nouveau règlement, et qu'on ne comprend pas, si on lui attribue un caractère et des effets définitifs, que,

(1) Nîmes, 24 déc. 1849. Sirey, 50, 2, 308. — Orléans, 27 déc. 1856. Sirey, 58, 2, 253. — Guadeloupe, 3 mars 1858. Sirey, 59, 2, 430. — Rennes, 18 août 1860, Agen, 7 juin et 11 juillet 1861. Sirey, 61, 2, 375. — Agen, 16 mai 1866. Sirey, 66, 2, 257. — Agen, 12 déc. 1866. Sirey, 68, 2, 37. — Agen, 8 juillet 1868. Sirey, 68, 2, 250. — Angers, 13 mars 1867. Sirey, 68, 2, 273. — Agen, 31 déc. 1868. Sirey, 69, 2, 17. — *Contrà*, Cass., 18 fév. 1851. Sirey, 51, 1, 340. — Agen, 30 déc. 1856. Sirey, 57, 2, 68. — Agen, 21 juin 1858. Sirey, 58, 2, 461. — Cass., 4 juin 1862. Sirey, 62, 1, 785. — Agen, 30 juillet 1862, Sirey, 62, 2, 512. — Cass., 28 juin et 29 août 1864. Sirey, 64, 1, 433. — Rouen, 14 mars 1864. Sirey, 64, 2, 293. — Bordeaux, 3 mai 1865. Sirey, 65, 2, 335. — Cass., 18 juin 1867. Sirey, 67, 1, 297. — 24 juin 1868. Sirey, 68, 1, 330. — Limoges, 3 déc. 1868. Sirey, 68, 2, 347. — Cass., 25 août 1869. Sirey, 69, 1, 454.

d'une part, on puisse l'attaquer avant le décès du donateur, et que, d'autre part, on ne doive pas, pour apprécier la lésion, se reporter à une époque antérieure à ce décès. Telle est la conséquence du caractère irrévocable et définitif qu'il nous paraît avoir entre tous les copartagés.

Ajoutons qu'il n'est pas révoqué par le décès de l'un des donataires avant le père de famille donateur, et que, si ce donataire est mort sans enfants, les autres donataires, qui ont été réduits à la réserve légale dans le partage, ne peuvent demander le rapport réel ou fictif des biens qui ont été l'objet de la donation, pour faire déterminer le montant de leur réserve sur ces biens, eu égard au nombre des seuls enfants existants au décès du donateur (1) : nouvelle preuve que le partage est irrévocablement consommé.

L'article 1077 confirme lui-même cette séparation qui existe entre le partage anticipé et la succession proprement dite de l'ascendant donateur. En effet, si tous les biens qu'il laissera à son décès n'y ont pas été compris, ceux de ses biens qui n'y auront pas été compris devront être partagés conformément à la loi. Il y a donc, en quelque sorte, deux successsions, l'une partagée entre vifs, par acte de donation contenant partage, suivant la volonté du donateur, et l'autre, au contraire, la véritable, la seule réelle, qui doit être partagée entre les héritiers, au décès du donateur, conformément à la loi. Ces deux successions et les masses de biens qui y correspondent sont ainsi sans contact entre elles, sans influence l'une sur l'autre, non-seulement quant à la composition des lots et l'égalité respective du partage, mais encore quant à la fixation de la quotité disponible, et à l'action en rescision pour lésion, ou en réduction fondée sur l'excès de cette quotité. Ces deux actes, susceptibles d'une appréciation distincte et d'une exécution séparée, ne sauraient donc être réunis ni confondus; et la

(1) Montpellier, 7 fév. 1850. Sirey, 50, 2, 561. — *Contrà,* Agen, 20 avril 1864. Sirey, 64, 2, 92.

donation avec partage étant, quant à son exécution, indépendante du décès du donateur, les actions auxquelles elle peut donner lieu sont prescriptibles, sans que la vie du donateur soit une cause de suspension de la prescription et d'irrecevabalité de la demande.

Est-on choqué de ces mots, deux successions? Dira-t-on qu'il n'y a pas de succession d'un homme vivant, *nulla viventis hæreditas?* M. Troplong lui-même ne se fait pas scrupule de les employer. *Cette seconde succession,* dit-il, en parlant des biens qui ne sont pas compris dans le partage, et que l'ascendant laisse à son décès. Après tout, ce ne sont que des mots, et nous les écarterons volontiers. Nous dirons alors qu'il y a un premier partage des biens donnés; que ces biens, à titre de biens donnés et partagés, sont désormais en dehors de tout rapport ultérieur, et que l'ouverture de la succession proprement dite n'exerce sur lui aucune influence, soit quant à la composition des lots et à la distribution des biens, soit quant à la prescription des actions en rescision auxquelles ce contrat peut, par lui-même, donner immédiatement ouverture en faveur de chaque copartagé.

Mais, dit-on, si l'article 1077 dispose que les biens non compris dans le partage seront, au décès du donateur, partagés conformément à la loi, il ne fait que reproduire un principe consacré par l'article 887, pour les partages ordinaires. Or, le partage primitif et le partage supplémentaire doivent se combiner pour le calcul de la réserve légale et de la quotité disponible. Il ne saurait en être autrement du partage ordonné par l'article 1077. Il doit également se combiner avec le partage entre vifs, qui s'est opéré par voie de donation.

Nous remarquons d'abord que l'article 887 parle de supplément à l'acte de partage. Ces deux actes ne font donc, par leur réunion, qu'un seul et même acte de partage, et ils doivent, par suite, se combiner pour l'appréciation de la lésion qui peut s'y rencontrer, alors du moins que l'action en lésion tend à les faire rescinder tous deux. Mais l'article 1077 ne parle pas

de partage supplémentaire; il se borne à dire que les biens non compris dans la donation seront partagés conformément à la loi. Il les distingue donc l'un de l'autre, au lieu de les confondre pour constituer une succession et une masse unique. Tant il est vrai que tout répugne à cette confusion, dans le caractère et les effets des partages d'ascendants : l'irrévocabilité de l'acte; le dessaisissement actuel du donateur; la translation immédiate des biens aux donataires copartagés; leur retrait du patrimoine du donateur; la réduction de son hérédité proprement dite aux biens non compris dans le partage; la fixation, sur l'une et sur l'autre masse de biens, séparément, de la réserve légale et de la portion disponible qui y correspondent.

Si donc le père de famille avait fait plusieurs partages successivement entre ses enfants, il n'y aurait pas, suivant nous, lieu de les combiner, afin de voir, par l'examen de leur ensemble, s'il y a ou non lésion de plus du quart, ou ébrèchement de la réserve légale au préjudice de l'un des copartagés. Chacun de ces actes doit être apprécié séparément (1), à moins qu'il ne résulte des circonstances et des clauses du partage subséquent qu'il se rattache et se lie au partage antérieur, pour ne former qu'un tout, et en vue d'en corriger ou atténuer les effets lésionnaires.

L'article 1079 établit de la manière la plus claire que ces questions de réserve légale et de quotité disponible peuvent être débattues entre les copartagés, du vivant même du donateur, mais qu'elles doivent être en même temps renfermées dans les limites de la donation contenant partage qui y donne lieu. En effet, cet article dispose formellement que le partage pourra être attaqué dans le cas où il résulterait de cet acte et des dispositions faites par préciput, que l'un des copartagés aurait un avantage plus grand que la loi ne le permet. Qu'est-ce

(1) *Contrà*, TROPLONG, *Donat.*, n° 2338. — Cass., 18 déc. 1854. SIREY, 55, 1, 572.

donc que cet avantage excessif, prohibé par la loi? C'est une atteinte à la réserve légale. Voilà donc des réservataires, non encore héritiers, mais donataires par présuccession, en présence d'un homme vivant, en dehors de toute hérédité.

L'article 1079 réserve-t-il ces questions de légitime et de portion disponible, pour le temps où la succession du donateur sera ouverte? Nullement. Le partage pourra être attaqué, c'est-à-dire qu'il pourra l'être comme acte entre vifs, tout de suite, sans attendre l'ouverture de la succession du donateur, parce que la lésion éprouvée crée au profit de celui qui la subit un intérêt actuel à attaquer l'acte d'où elle résulte. Or, si le copartagé lésé peut, d'ores et déjà, attaquer le partage, il le doit, sous peine d'encourir la prescription décennale. Car il suffit qu'une action soit ouverte, pour que tout aussitôt elle se prescrive.

Si la loi entendait que le partage de la succession proprement dite, qui doit être fait conformément à la loi, dût exercer quelque influence sur le partage entre vifs déjà consommé, elle n'aurait pas ainsi marqué cette distinction tranchée entre l'un et l'autre partage; elle n'aurait pas dit surtout que le partage des biens donnés entre vifs pourrait être attaqué pour lésion de plus du quart ou pour excès de la portion disponible. Ces mots sont précieux. Il suffit que cet excès existe; le partage peut être attaqué. La loi ne considère ainsi que la donation contenant partage, et nullement la succession ultérieure non ouverte. La lésion s'apprécie donc sur les dispositions mêmes de l'acte de partage, sur l'objet spécial de la donation. Le mode ordinaire de calculer la portion disponible et la réserve ne s'appliquera donc qu'à la succession proprement dite, qui se composera, pour être partagée conformément à la loi, des biens autres que ceux déjà donnés et partagés.

Cette parfaite indépendance de la donation et de l'hérédité devient encore plus sensible, si l'on suppose que l'ascendant, après avoir fait une donation contenant partage de ses biens

présents, fait par acte testamentaire le partage des biens qu'il laisse à son décès. Comment combiner alors des actes aussi étrangers l'un à l'autre par les volontés qui y ont présidé, que par les biens auxquels il s'appliquent? Ils doivent, au contraire, être appréciés séparément, et le seul lien qui les rattache résulte de ce qu'ils concourent pour opérer la distribution de l'entière fortune de l'ascendant. Que sera-ce donc, enfin, si l'on suppose que dans le dernier acte testamentaire, un étranger est appelé avec les descendants à prendre part à la succession proprement dite? Cette diversité de personnes, jointe à la diversité d'actes et de biens, montrent mieux encore la nécessité de distinguer absolument chaque opération de partage.

43. L'on comprend sans peine que la plupart des raisons par lesquelles on prétend suspendre la prescription de l'action en réduction jusqu'au décès de l'ascendant donateur, ne sauraient également s'appliquer au cas où il s'agit de l'action en rescision pour lésion de plus du quart. Aussi, quelques arrêts ont-ils essayé, ainsi que nous l'avons vu, d'établir une distinction entre ces deux actions, distinction repoussée par le texte même de l'article 1079, qui les assimile en les confondant dans une seule et même disposition. Mais si les mêmes arguments ne conviennent pas tous également pour établir que la prescription de l'une et l'autre action est suspendue jusqu'au décès de l'ascendant donateur, il en est cependant quelques-uns, ou plutôt quelques considérations communes, qui s'appliquent aussi à l'action en rescision pour lésion de plus du quart. Nous devons les examiner.

Ainsi l'on dit, et c'est la plus forte raison sur laquelle s'appuie la Cour suprême, que le donateur ne doit rien aux donataires; qu'il donne par générosité pure; que les copartagés doivent donc, en attendant l'ouverture de sa succession, se tenir pour satisfaits de ce qu'il a bien voulu leur donner, si peu que ce soit; qu'en conséquence les avantages excessifs et

les distributions lésionnaires des biens donnés sont protégés jusqu'à son décès par la faculté absolue qu'il a, pendant sa vie, de disposer, à titre gratuit, de ses biens.

Il y a sans doute beaucoup de vérité; mais il nous semble qu'il y a en même temps beaucoup de confusion dans cet argument. La vérité en serait parfaite, s'il s'agissait de donations distinctes, isolées, faites séparément à chacun des donataires. Mais il s'agit, au contraire, d'une donation unique, faite collectivement et simultanément à plusieurs; et, à ce titre, elle aboutit, dans l'intention du donateur, comme dans l'intention des donataires qui acceptent, nécessairement à un partage et à une distribution des biens qui y sont compris.

Il est tellement vrai que l'on ne saurait assimiler les donations faites dans les termes des articles 1075 et suivants, aux donations ordinaires entre vifs, que, si un ou plusieurs enfants ont été omis, les autres enfants donataires ne peuvent pas, pour échapper aux conséquences de la nullité que l'article 1078 prononce pour le tout, renoncer à la succession de l'ascendant donateur, en vue de retenir sur les biens donnés, comme s'il s'agissait d'une simple donation sujette à rapport, la quotité disponible, et même, quand le cumul était admis, leur part dans la réserve (1). C'est que cette donation a un caractère spécial, à cause de sa nature collective et complexe.

Or, les donataires étant en même temps copartagés, et le donateur entendant faire le partage des biens, les règles du droit commun doivent régir l'acte, comme donation d'abord, et ensuite comme partage.

Au premier point de vue, qui est la libéralité, le donateur use d'une faculté absolue de disposition; mais au second point de vue, qui est le partage, il est tenu de faire entre les donataires, conformément aux principes généraux du droit, une juste et équitable distribution de ses biens. Ce n'est même que sous la foi de cette juste et équitable répar-

(1) Caen, 10 mai 1852. Sirey, 53, 2, 74.

tition que les donataires acceptent la donation. Car leur rôle dans l'acte n'est point absolument passif, et si le donateur copartageant les domine de toute l'autorité que lui confère sa double qualité de donateur et d'ascendant, ils n'en ont pas moins le droit de déterminer les conditions de leur acceptation, et d'en appeler, entre eux, de l'erreur ou de l'injustice du père de famille à la protection de la loi. A ce titre de copartagés, et en vertu des obligations qu'ils contractent les uns envers les autres, les donataires ont donc le droit d'exiger, non pas contre le donateur, mais entre eux, l'observation des règles posées par le droit commun pour maintenir l'égalité des partages; et ce droit est incontestable dans le cas où le partage des biens donnés a été fait par eux seuls, par acte séparé, ou même par le même acte, mais sans aucune ingérance du donateur dans les opérations du partage (1). Dans cette hypothèse même la prescription de l'action en rescision pour lésion court du jour du partage, et non du décès de l'ascendant donateur (2).

On ajoute qu'il peut arriver que, par l'acquisition postérieure d'autres biens à partager lors de l'ouverture de la succession du donateur, l'état de cette succession soit modifié, soit sous le rapport du droit d'invoquer la lésion contre le premier partage, soit sous le rapport de la quotité disponible.

Il est incontestable que l'ascendant donateur peut, par la distribution des biens non compris dans la donation, modifier les résultats du partage de présuccession, mais en ce sens seulement qu'il peut, en faisant des avantages tardifs aux copartagés lésés, corriger soit la lésion, soit l'excès de la portion disponible qui existaient dans le premier partage. Mais

(1) Riom, 4 août 1866. SIREY, 67, 2, 4. — Bordeaux, 8 mars 1870. SIREY, 70, 2, 173. — Cass., 24 juin 1872. SIREY, 73, 1, 77.

(2) Poitiers, 4 février 1878. SIREY, 78, 2, 144. — Besançon, 11 février 1882. SIREY, 83, 2, 107.

il est incontestable aussi que, ces biens devant être partagés conformément à la loi, la lésion ou l'excès de la quotité disponible résultant de la donation antérieure, ne sauraient être modifiés ni corrigés par le partage de la succession proprement dite, s'il n'existe aucune disposition spéciale de la part du donateur, à titre de dernière volonté. Le premier partage est alors maintenu dans tous ses effets et dans l'exécution qui lui a été donnée. Il faudrait du moins établir que le partage anticipé et le partage de la succession se confondent, et doivent être combinés pour le calcul de la lésion de plus du quart ou de l'excès de la portion disponible; en un mot, qu'il ne doit être fait, pour le calcul de ce règlement, qu'une seule masse de tous les biens. Mais c'est là précisément ce qu'il s'agit de prouver. Lors donc qu'on parle de modification ultérieure possible, on suppose prouvé et constant le point même qui est en question.

Nous n'admettons pas, en effet (1), que l'on doive rapporter fictivement les biens compris dans un partage d'ascendant fait entre vifs, dans le but d'établir, lors du partage de la succession, le montant de la quotité disponible. L'article 922 nous

(1) Voy. dans le sens du rapport fictif, Douai, 21 mai 1851. SIREY, 51, 2, 596. — Paris, 12 janv. 1854. SIREY, 54, 2, 59. — Bourges, 21 fév. 1853. SIREY, 54, 2, 253. — Bordeaux, 6 avril 1854. — Grenoble, 4 juill. 1854. SIREY, 54, 2, 762. — Besançon, 7 août 1854. SIREY, 55, 2, 599. — Colmar, 21 fév. 1855. SIREY, 55, 2, 625. — Amiens, 12 juill. 1855. SIREY, 56, 2, 97. — Douai, 12 fév. 1857. — Colmar, 24 mars 1857. SIREY, 57, 2, 497. — Cass., 13 février 1860. SIREY, 60, 1, 552. — 24 avril 1861. SIREY, 61, 1, 589. — Douai, 26 janvier 1861. SIREY, 61, 2, 372. — Rennes, 20 déc. 1860. SIREY, 61, 2, 374. — Colmar, 28 mai 1861. — Riom, 3 mai 1862. SIREY, 62, 2, 389. — Bordeaux, 9 juin 1863. SIREY, 63, 2, 219. — Cass., 17 août 1863. SIREY, 63, 1, 529. — 14 mars 1866. SIREY, 66, 1, 353. — Paris, 15 mars 1873. SIREY, 73, 2, 136. — Dans le sens contraire, TROPLONG, *Donat.*, nos 964, 2300, 2316. — Cass., 4 fév. 1845. SIREY, 45, 1, 305. — Bordeaux, 23 déc. 1852. SIREY, 53, 2, 192. — Rouen, 25 avril 1853. SIREY, 54, 2, 253. — Dijon, 11 mai 1844. SIREY, 44, 2, 669. — Rouen, 25 janv. 1855. SIREY, 56, 2, 97.

paraît ici inapplicable, soit qu'il s'agisse d'apprécier l'étendue légale des avantages résultant de l'acte de partage, ou des libéralités résultant d'actes postérieurs envers les mêmes personnes ou des personnes différentes. Il y a deux masses totalement distinctes.

Il s'agit sans doute uniquement de recomposer, pour déterminer la quotité disponible, la masse de la succession, en rapportant fictivement et en réunissant, suivant l'article 922, aux biens qui se trouvent dans la succession, ceux qui ont fait l'objet de la donation portant partage. Le rapport n'en est que fictif; il ne se fait que par forme de calcul, et les biens qui en font le sujet ne sont soumis à aucun rapport effectif et réel qui les ferait entrer dans le partage de la succession.

Néanmoins, bien qu'alors le rapport ne se fasse que d'une manière fictive, et que la portion disponible, quand elle est fixée, ne se prélève effectivement que sur les biens qui n'ont pas été compris dans le partage entre vifs, soit que l'ascendant donateur se les soit réservés lors de la donation, ou qu'ils les ait acquis postérieurement, un semblable rapport ne saurait se concilier avec l'irrévocabilité du pacte de famille. D'une part, en effet, il ne laisse pas de réagir sur l'efficacité de la donation antérieure; et, d'autre part, la fixation de la quotité disponible étant corrélative à celle de la réserve, doit nécessairement s'établir sur la même masse de biens réunis. Or, si l'on admet le rapport fictif pour calculer la portion disponible, il faut également l'admettre pour établir le montant de la réserve. Mais comme les droits à la réserve s'exercent par voie de réduction ou de rapport effectif, dans les relations des réservataires à l'égard des donataires, il s'ensuit que le rapport, d'abord fictif pour le calcul de la quotité disponible, devient très réel pour l'exercice de la réserve; d'où la conséquence que le partage anticipé, dont on semble ménager le caractère irrévocable, est cependant exposé à recevoir une très grave atteinte dans son exécution et dans ses effets. Et cette atteinte sera tout à fait sensible, si l'on

suppose qu'au décès de l'ascendant donateur, époque du calcul, les biens donnés ont perdu de leur valeur pour quelques-uns des donataires, et augmenté, au contraire, de valeur pour les autres.

Disons donc que, à moins d'une réserve spéciale, l'article 922 est inapplicable dans ce cas, et que les biens qui se trouvent dans la succession proprement dite du donateur, se partagent suivant la loi ou ses dispositions testamentaires, abstraction faite de ceux qui ont fait l'objet d'un partage antérieur. Ce n'est pas enfin sans une manifeste inconséquence, que ceux qui admettent le principe de l'irrévocabilité des partages de présuccession, et repoussent toute application du rapport même fictif, ajournent néanmoins jusqu'au décès du donateur le cours de la prescription décennale et l'exercice de toute action.

Quant aux circonstances qui peuvent modifier l'état de la succession, à son ouverture, nous ne voyons guère d'ailleurs comment cette éventualité, en l'admettant comme légalement possible, pourrait mettre le copartagé lésé dans l'impossibilité d'agir. Elle peut sans doute diminuer l'intérêt de son action; mais son action n'en est pas moins ouverte, car elle se fonde sur un intérêt actuel.

En fait même, la lésion peut être irrémédiable, si déjà le donateur a disposé de toute la quotité disponible par une institution contractuelle. Fera-t-on une exception dans ce cas? Si on ne la fait pas, on est inconséquent avec les motifs qu'on invoque; si on la fait, on détruit le principe qu'on pose.

Prétendrait-on que le copartagé lésé doit attendre, pour réclamer, le décès du donateur, de même que l'enfant omis doit attendre cette époque pour faire annuler le partage? Mais les positions sont biens différentes. Comment, en effet, l'enfant non compris dans le partage réclamerait-il, du vivant du donateur, contre un acte qui repousse lui-même son action, en l'excluant de toute participation à l'objet donné? N'étant point donataire, il est sans droit jusqu'à l'ouverture de la succes-

sion. Mais le copartagé lésé est, au contraire, donataire; il est compris dans le bénéfice de l'acte, pour une part lésionnaire, il est vrai; mais c'est justement pour cela que l'article 1079 lui confère le droit d'attaquer l'acte de partage.

On dit encore que le laps de dix ans ne vaut que comme ratification supposée de l'acte; or, la ratification d'une donation n'est valable que de la part des héritiers du donateur; donc, ajoute-t-on, la donation portant partage ne peut pas être ratifiée de son vivant; donc la prescription de l'action en rescision est suspendue.

Mais il ne s'agit ici nullement de ratifier une donation. Ce n'est pas comme héritiers ou ayants-cause du donateur, que les donataires ratifient par leur silence durant dix ans; ils ratifient simplement le partage et la distribution des biens, et ils le font en ce qui concerne leurs droits respectifs comme copartagés. Cette ratification, si tant est qu'il y ait ratification, est bien différente de celle que prévoit l'article 1340, du donateur aux donataires; car elle va de donataire à donataire, ou plutôt des donataires au donateur copartageant. Ajoutons enfin qu'il ne s'agit point ici de vices de forme à couvrir.

Prétend-on ajourner l'exercice de l'action au décès du donateur, sous le prétexte que, de son vivant, l'action ne serait pas libre, parce que, autrement, le donataire lésé se trouverait placé entre son intérêt et la crainte révérentielle? Cette considération n'a aucune portée légale. Elle ne prouve rien en prouvant trop. Car si elle est vraie, pourquoi la loi ne suspend-elle point la prescription du père au fils? Et remarquez que dans les autres actions les raisons en sont plus fortes; car dans l'action du donataire contre le partage, le respect filial peut se sauver par une allégation adoucie d'erreur envers le père de famille, tandis que, dans les autres, il y a une accusation plus directe d'injustice ou de mauvaise foi. Que devient d'ailleurs cette considération, dans le cas où le donateur se borne à faire une démission de biens, collectivement et indivisément, en laissant aux donataires le soin d'en faire

ensuite le partage entre eux, conformément aux bases établies (1)?

On veut enfin fonder la suspension de l'action jusqu'au décès de l'ascendant donateur, sur son anéantissement même, dans le cas où elle serait exercée plus tôt. Le père, dit-on, a donné pour que les biens fussent partagés de telle manière; le mode même de la distribution est la condition de la donation. Or, la rescision annule le partage; donc la cause de la donation s'efface, et les biens doivent retourner au donateur; donc, de son vivant, l'action, sous peine de périr par son exercice même, ne peut être intentée.

Cette objection nous semble un pur sophisme. La cause de la donation n'est point, en effet, dans le partage, ni dans le mode de distribution; elle est dans la libéralité du père de famille. Il n'est donc pas vrai que la rescision du partage doive avoir pour effet de faire disparaître l'objet même du partage, en faisant retourner les biens donnés dans les mains du donateur. La donation subsiste toujours, malgré la rescision prononcée du partage; elle subsiste comme donation collective, et les biens retombent dans l'indivision, voilà tout, pour être partagés d'une manière conforme à la loi, comme le donateur lui-même est censé avoir voulu qu'ils le fussent. Il n'a point séparé, il est vrai, la donation du partage; mais quelle que soit la considération en laquelle il ait pris, dans cet acte de juridiction domestique, la manière dont il faisait la distribution de ses biens, il lui a été interdit de faire d'un mode illégal de partage la condition de sa donation. Cette condition, fût-elle expresse, serait réputée non écrite, comme contraire aux prohibitions de la loi. Reste donc la donation, après la rescision du partage; et il ne s'agit plus que de le refaire d'une manière conforme à la loi.

Ce n'est pas que la partie lésée qui attaque le partage, entende exercer contre les autres copartagés une garantie

(1) Voy. Riom, 4 août 1866. Sirey, 67, 2, 4.

quelconque; elle se borne à leur demander que sa part, comme copartagée, soit établie d'après les principes d'égalité communs à tout partage, principes qui ne ressemblent nullement à ceux qui régissent les actions en garantie proprement dites.

Chose remarquable! chaque opinion prétend encourager les partages d'ascendants, et leur donner toute la solidité que réclament leur nature et l'intérêt public. Quant à nous, nous demeurons convaincu que le père de famille se gardera de toute injuste distribution de ses biens et de toute inégalité excessive dans leur partage, avec d'autant plus de soin qu'il saura que, de son vivant même, cet acte peut être un source de contestations domestiques. Telles sont les raisons qui nous font préférer la première jurisprudence de la Cour de cassation. Y reviendra-t-elle? Peut-être. Mais en présence d'une jurisprudence contraire qui se fortifie chaque jour, il est à croire qu'elle n'y reviendra pas de longtemps. Attendons.

Quand nous disons que l'action en rescision d'un partage d'ascendant est prescriptible par dix ans, du jour de l'acte devenu parfait par l'acceptation des copartagés, et non point seulement du jour du décès de l'ascendant, nous laissons suffisamment entendre que nous ne nous occupons que des partages faits par donation entre vifs. Quelle sera dès lors la durée de la prescription, quant à l'action en rescision, lorsque le partage aura été fait par dispositions testamentaires?

Les uns pensent que, dans ce cas, l'action ne se prescrit que par trente ans à partir du décès de l'ascendant, et que même la durée de cette prescription en est suspendue jusqu'à la découverte du testament qui contient le partage (1). Ils disent que la prescription décennale, établie par l'article 1304, est seulement applicable aux conventions, et qu'elle est étrangère

(1) Zachariæ, t. 5, p. 489, nte 18, 1re édit., et t. 8, p. 42, 4e édit. — Voy. encore Troplong, *Donat.*, nos 2331, 2335. — Cass., 25 nov. 1857. Sirey, 58, 1, 209. — 22 janv. 1872. Sirey, 72, 1, 424.

aux actes d'une autre nature; ce qui est incontestable. Et ils ajoutent que, si le testament est inconnu, la suspension de la prescription résulte alors de l'impossibilité même d'agir.

Les autres (1) soutiennent, au contraire, que la prescription de dix ans est également applicable, et qu'elle court du jour de la découverte du testament, après le décès du testateur. Ces deux opinions nous paraissent l'une et l'autre trop absolues. Elles ne répondent pas à la diversité des hypothèses qui peuvent se présenter.

Supposons, en effet, que les parties soient restées dans l'indivision. Aussi longtemps que leur action en pétition d'hérédité et en partage ne sera pas prescrite, elles pourront demander la rescision du partage, sans préjudice même de l'application de la maxime *quæ temporalia*. Il est vrai alors que la prescription ordinaire est seule applicable, et non celle établie par l'article 1304.

Que si les parties ont fait un partage différent, en connaissance du testament, elles pourront être réputées avoir considéré comme nul le partage qu'il contient.

Si elles ont agi dans l'ignorance du testament, elles ont alors à exercer contre leur partage une action en rescision pour erreur, laquelle se prescrira par dix ans, du jour de la découverte du testament; et alors celles qui prétendront que le partage testamentaire doit être rescindé, pourront en demander la rescision, et invoquer la maxime *quæ temporalia*.

Que si enfin elles ont exécuté le partage testamentaire, de manière cependant à ne pas se rendre non recevables à l'attaquer de rescision, elles devront le faire dans les dix ans de l'acte d'exécution. Elles se le sont, en effet, approprié en l'exécutant, et elles en ont fait le sujet d'une convention, contre laquelle elles doivent se pourvoir, en conformité et dans les délais de l'article 1304.

44. La prescription décennale établie par l'article 1304, ne

(1) Duranton, t. 9, n° 616.

s'applique qu'aux seules actions en rescision ou en nullité. Elle est donc inapplicable, ainsi que nous l'avons déjà dit, aux actions en résolution de contrats, en répétition de l'indû, en révocation pour fraude, en règlement ou rectification de comptes, en révocation ou réduction de donations ou autres dispositions à titre gratuit.

45. Elle ne s'applique pas non plus aux actes faits par les tiers, par exemple, à la vente de la chose d'autrui, en ce qui concerne l'action en revendication intentée par le véritable propriétaire. La prescription ordinaire est la seule qui puisse être opposée à ce dernier.

Les actions en nullité ou en rescision supposent, en effet, un débat engagé entre les parties contractantes elles-mêmes. Pour avoir le droit de se prévaloir de la prescription décennale établie par l'article 1304, il faut donc avoir personnellement figuré dans l'acte, de sa personne ou par mandataire. Cette condition est essentielle, et vient la première. Ainsi, le mineur dont les immeubles ont été vendus par un tiers étranger, n'a qu'à exercer l'action en revendication contre l'acquéreur, sans qu'il soit tenu préalablement de faire juger la nullité de la vente. Et son action ne pourra être repoussée que par la prescription ordinaire (1).

Quant aux parties elles-mêmes qui ont contracté sur une chose appartenant à autrui, l'article 1304 leur est inapplicable. S'agit-il, par exemple, d'un contrat de vente, l'article 1599 dit bien que la vente de la chose d'autrui est nulle ; mais nous avons expliqué ailleurs (2), que cette nullité se rattache aux obligations personnelles du promettant, et à la nécessité où il est de les accomplir. Aussi, la fondant sur un défaut d'exécution, avons-nous fait de cette prétendue action de nullité une véritable action en résolution. Elle n'est donc, comme telle, soumise qu'à la prescription ordinaire, ou plutôt à la même

(1) Cass., 8 déc. 1813. Sirey, 14, 1, 213.
(2) Art. 1228, nos 28 et suiv.

prescription que l'action en payement ou en garantie dont elle est le corollaire. Il est, en effet, impossible de comprendre comment le stipulant, qui est encore à temps de poursuivre l'autre partie en exécution de ses engagements, serait néanmoins forclos de l'action qui correspond au défaut d'exécution de ces mêmes engagements; comment enfin son action se trouverait prescrite avant que la cause en fût éteinte. L'article 1304 n'est donc pas applicable dans ce cas, et le stipulant n'en est pas réduit, après le laps de dix ans, à attendre son éviction pour agir alors en garantie (1).

46. Mais quelle prescription convient-il d'appliquer, si la vente des biens du mineur a été consentie sans formalités par le tuteur? Dans le cas où le mineur devra se pourvoir contre la vente par action en nullité ou en rescision, il y aura lieu à la prescription décennale établie par l'article 1304. Dans le cas contraire, ce sera la prescription ordinaire qui seule sera applicable. Mais dans quel cas le mineur est-il alors tenu d'agir par voie de rescision ou de nullité? Cette question trouve sa solution dans une distinction que nous croyons nécessaire et fondée.

Si la vente a été faite par le tuteur, non en sa qualité de tuteur, mais en qualité de propriétaire, qui est celle en laquelle il est censé agir lorsqu'il n'en prend pas expressément une autre, dans ce cas, le mineur qui n'a pas été partie dans l'acte, ni de sa personne, ni sous le nom de son tuteur, n'a pas à intenter d'action en nullité ou en rescision. Il n'a qu'à se pourvoir en revendication contre l'acquéreur, et sa demande ne pourra être repoussée que par la prescription ordinaire acquise en faveur de ce dernier. Il est, par rapport au contrat passé par son tuteur, mais non en qualité de tuteur, un tiers étranger à qui cet acte ne peut être opposé, pas plus qu'une vente de la chose d'autrui ne peut l'être au vrai propriétaire (2).

(1) *Contrà*, Troplong, *Vente*, n° 239.
(2) Bordeaux, 21 avril 1858. Sirey, 58, 2, 395.

Mais si le tuteur a contracté en cette qualité, au nom de son pupille, il y a plus de difficulté. Sous notre ancien droit, beaucoup d'auteurs pensaient, et leur opinion a été reproduite sous le Code civil, que la vente était radicalement nulle ; que le mineur n'avait pas besoin de se pourvoir par action en rescision ou en nullité ; que la maxime, *factum tutoris factum pupilli,* n'était vraie que lorsque le tuteur, agissant au nom de son pupille, s'était conformé aux règles de la tutelle ; que hors de là il ne le représentait pas et ne l'obligeait pas par son fait ; que le mineur agissant alors *par la loi apparente* pouvait s'adresser, par voie de revendication, au détenteur, *tanquam possidentem sine titulo,* comme possesseur sans titre, et comme ayant acquis d'une personne qui n'avait pas le pouvoir d'aliéner, *a non habente potestatem* (1).

De ce que le mineur pouvait agir ainsi en revendication, sans prendre la voie de nullité ou de rescision, il s'ensuivait que son action ne pouvait être repoussée que par la prescription ordinaire, destinée à protéger les tiers possesseurs, c'est-à-dire de trente ans, puisque l'acte lui-même constituait l'acquéreur de mauvaise foi, en lui faisant connaître le vice de son acquisition.

D'autres, au contraire, pensaient que le mineur, soit qu'il fût tenu ou non de prendre des lettres de rescision, n'avait que dix ans pour agir, d'après l'ordonnance de 1539 ; et, depuis la promulgation du Code, cette opinion a été consacrée par divers arrêts (2).

La même controverse a continué sous le Code, les uns ont pensé, sans distinction, que l'action du mineur durait trente

(1) Despeisses, t. 1, p. 810. — Basnage, *Œuvres complètes,* t. 2, p. 467. — Chabrol, *Auvergne,* t. 2, p. 157. — Pothier, *Propriété,* n° 353.

(2) Cass., 14 nov. 1826. Sirey, 27, 1, 306. — Riom, 8 mai 1829. Sirey, 29, 2, 296.

ans (1); les autres, suivant la distinction que nous avons posée, qu'elle ne durait que dix ans (2).

Cette dernière opinion nous paraît préférable. L'article 1304 pose, en effet, comme principe général, que les actions en nullité ou en rescision se prescrivent par le laps de dix années. Si, dans les dispositions accessoires qui le terminent, il fixe le point de départ de la prescription, suivant la nature du vice particulier qui fonde l'action en nullité ou en rescision, c'est moins en vue de restreindre l'application du principe qu'il vient de consacrer, que d'en régler, dans certains cas, le mode d'application. Il suffit donc qu'il s'agisse d'une action en nullité ou en rescision pour que cette action se prescrive par dix ans, si la durée n'en a point été limitée à un moindre temps par une loi particulière.

Cette prescription décennale est même également applicable dans le cas où, s'agissant de biens indivis entre des majeurs et des mineurs, le tuteur n'a concouru qu'à la vente d'une partie de ces biens, et a, d'ailleurs, postérieurement approuvé les autres actes d'aliénation (3).

(1) Duranton, t. 12, n° 545; t. 10, n° 282; t. 3, n° 598. — Vazeille, *Prescript.*, n° 550. — Grenier, *Hyp.*, t. 1, n° 48. — Metz, 1er juin 1821. Sirey, 24, 2, 154. — Riom, 13 déc. 1826. Sirey, 27, 2, 147. — Bordeaux, 10 juill. 1829. Sirey, 29, 2, 319. — Toulouse, 7 juin 1830. Sirey, 31, 2, 66. — Grenoble, 21 mars 1833. Sirey, 33, 2, 580. — Rennes, 1er août 1833. Sirey, *ibid.* — Douai, 20 nov. 1870. Sirey, 72, 2, 1.

(2) Zachariæ, t. 2, p. 441, nte 10, 1re édit., et t. 4, p. 273, nte 13, 4e édit. — Marcadé, art. 1311, n° 2. — Cass., 14 nov. 1826. Sirey, 27, 1, 306. — Riom, 8 mai 1829. Sirey, 29, 2, 296. — Toulouse, 13 mai 1829. Sirey, 30, 2, 351. — Nîmes, 14 janv. 1839. Sirey, 39, 2, 369. — Cass., 25 nov. 1835. Sirey, 36, 1, 130. — Paris, 2 nov. 1840. Sirey, 41, 2, 134. — Rouen, 17 janv. 1846. Sirey, 47, 2, 351. — Grenoble, 10 juin 1842. Sirey, 43, 2, 144. — Cass., 7 juill. 1851. Sirey, 51, 1, 641. — Bordeaux, 8 juillet 1863. Sirey, 63, 2, 268, et 27 juillet 1871. Sirey, 72, 2, 221. — Cass., 7 mars 1876. Sirey, 76, 1, 291.

(3) Cass., 7 juill. 1851. Sirey, 51, 1, 641.

On objecte vainement que l'article 1304, ne faisant courir la prescription que du jour de la majorité, à l'égard des actes faits par les mineurs, suppose, par cela même, que la prescription décennale n'est applicable qu'aux actes faits par les mineurs en personne, et non à ceux faits en leur nom par leur tuteur. En effet, dans les principes du Code, le mineur placé en tutelle n'est point censé agir par lui-même; c'est le tuteur qui est toujours réputé agir pour lui et en son nom. Il n'y a donc, aux yeux de la loi, aucune différence entre les actes faits par le mineur en personne et ceux faits pour lui par le tuteur. Ils sont, les uns et les autres, également soumis aux mêmes actions en nullité ou en rescision, suivant les vices dont ils sont atteints.

Le tuteur est sans doute astreint, dans l'accomplissement de certains actes, à l'observation des formalités prescrites par la loi pour leur entière et parfaite validité. Mais, de ce qu'il en aura négligé l'exécution, il n'en faut point conclure qu'il ait, par cela même, cessé de représenter le mineur dans les actes qu'il aura faits en son nom. Il continue, nonobstant l'inaccomplissement des formalités prescrites, de le représenter, parce que la loi ne fait point dépendre sa qualité de représentant du mineur, qu'il tient de sa qualité de tuteur, de l'observation des formalités qu'elle prescrit dans l'intérêt du pupille. L'acte sera, il est vrai, irrégulier; mais, comme le mineur y a été représenté et que le contrat peut lui être opposé, il y a lieu, de sa part, à une action en nullité ou en rescision, prescriptible par dix ans du jour de sa majorité, comme s'il l'avait consenti lui-même.

On ajoute que l'opinion contraire, qui soumet de pareils actes à la prescription trentenaire, rompt l'harmonie que le législateur a établie entre l'article 1304 et l'article 475, qui a fixé au même délai de dix ans la durée des actions du mineur contre le tuteur, pour faits de tutelle. Le mineur, dit-on, ne pouvant agir contre lui après dix ans, agirait cependant indirectement contre lui, en l'exposant à un recours de la part

du tiers acquéreur, contre lequel il aurait dirigé son action. Mais cette raison n'a rien de décisif, elle n'est qu'une simple considération, qui s'évanouit, soit que la prescription de l'action en nullité ou en rescision ait été interrompue à l'égard du tiers possesseur, ou que la prescription de l'action tutélaire ait été interrompue à l'égard du tuteur. Que signifie donc cette prétendue nécessité d'harmonie entre l'article 475 et l'article 1304, puisque l'interruption de l'une ou de l'autre action suffit pour la briser? Il vaut donc mieux, tout en reconnaissant l'indépendance des deux actions, se borner à dire que le tuteur est, dans les actes qu'il fait en cette qualité, le représentant légal du mineur, et que, dès lors, ces actes pouvant lui être opposés au même titre que s'il les avait personnellement consentis, il doit les faire rétracter, dans les dix ans de sa majorité, par voie de nullité ou de rescision.

47. Nous disons, dans les dix ans de sa majorité; on pourrait, en effet, prétendre que le délai ne court que du jour où le mineur a eu connaissance de l'acte. Cette restriction était proposée, sous notre ancien droit, par plusieurs jurisconsultes (1). Telle était même la jurisprudence du parlement de Bordeaux, qui avait consacré la distinction que nous venons de poser entre les actes faits par le tuteur, non comme tuteur, et ceux faits par lui *tutorio nomine* (2). Nous avons répondu d'avance à cette prétention, en disant que le mineur est légalement représenté par le tuteur. Cette première raison de droit suffirait toute seule; mais il est une autre considération toute puissante; c'est que la loi n'a accordé au mineur que dix ans, à partir de sa majorité, pour exercer son action de tutelle; il doit donc, dans ce délai, prendre tous les renseignements, et il est censé les avoir pris, sur l'administration de son tuteur.

(1) Valin, *La Rochelle*, art. 24, n° 163.
(2) Salviat, v° *Mineur*. — Lapeyrère, *Lettre P*, n° 68, p. 322.

48. Ce que nous venons de dire des mineurs, il convient de l'appliquer aux interdits (509).

Mais nous ne croyons pas que l'on puisse assimiler aux actes faits par un tuteur, ceux faits par le curateur d'un mineur émancipé, en sa qualité de curateur. Le mineur émancipé n'a pas à se pourvoir contre eux par voie de nullité ou de rescision, lorsqu'il n'y a ni participé ni concouru. Ces actes, censés faits par un tiers étranger, ne peuvent lui être opposés, et l'action qu'il a à intenter n'est soumise qu'à la prescription ordinaire. C'est que le curateur n'est pas, comme le tuteur, le représentant légal du mineur. Il n'a qu'une mission d'assistance et de conseil. Il n'a pas de compte à rendre; et l'argument tiré de l'article 475 échappe même dans ce cas.

Il en est de même des actes faits par le conseil judiciaire, à l'égard de la personne qui y est soumise.

49. La prescription de dix ans s'applique aux actes faits par les communes et les établissements publics, comme à ceux faits par les particuliers (2227). Ainsi, les actes d'aliénation, de partage, consentis par eux, sont soumis à la prescription décennale établie par l'article 1304 (1).

50. Quant au mandataire, il n'est censé représenter le mandant que lorsqu'il se renferme exactement dans les limites et les conditions de son mandat. S'il les transgresse, il cesse de le représenter; et les actes par lui faits, même au nom du mandant, ne peuvent pas plus être opposés à ce dernier, que les actes qui auraient été consentis par un tiers étranger. Le mandataire ne tient, en effet, ses pouvoirs que de la convention, à la différence du tuteur qui les tient de la loi. Il n'y a donc lieu, de la part du mandant, à aucune action en nullité

(1) TROPLONG, *Prescript.*, n° 196. — MERLIN, Rép., v° *Prescript.*, sect. 3, § 6, n° 3. — Cass., 19 juin 1838. SIREY, 38, 1, 489. — 18 janv. 1841. SIREY, 41, 1, 340. — Angers, 27 fév. 1867. SIREY, 67, 2, 251. — Pau, 24 mars 1873. SIREY, 73, 2, 299. — Cass., 12 janvier 1874. SIREY, 74, 1, 290.

ou en rescision, ni, en conséquence, à la prescription décennale.

51. Lorsque le mari vend seul les immeubles propres de sa femme, dotaux ou non, elle n'a pas à se pourvoir par action en nullité ou en rescision. La seule action qui lui appartienne est une action en revendication contre l'acquéreur, action prescriptible, suivant les règles générales et particulières à sa nature (1).

Mais si la femme a vendu elle-même sans l'autorisation de son mari, son action se prescrit par dix ans, conformément à l'article 1304.

Nous supposons maintenant qu'il s'agit d'immeubles dotaux, déclarés inaliénables. Dans cette hypothèse, on se demande s'il convient d'appliquer à l'action de la femme la prescription de dix ou de trente ans, dans tous les cas, à partir de la dissolution du mariage, soit que la femme ait vendu seule sans autorisation, ou qu'elle ait été régulièrement autorisée, ou qu'elle ait concouru à la vente faite par son mari.

Si elle a vendu seule, elle a sans doute, en cette première qualité d'incapable, à intenter une véritable action en nullité, dont la prescription s'accomplit par le laps de dix ans, seulement à partir de la dissolution du mariage, aux termes de l'article 1304. Car, tant que le mariage dure, et même après la séparation de biens, les immeubles dotaux sont inaliénables, et l'aliénation ne peut, avant la dissolution du mariage, en être valablement confirmée. L'article 1304, en ne faisant courir la prescription que de la dissolution du mariage, ne fait aucune distinction, et ses dispositions sont indépendantes de la nature du régime sous lequel les époux se sont unis. La distinction qui serait faite, dans ce cas, entre la femme non séparée de biens et celle qui aurait obtenu cette séparation, serait même

(1) Duranton, t. 15, nº 521. — Zachariæ, t. 3, p. 582, 1re édit. — Troplong, *Contrat de mariage*, nº 3583. — Cass., 28 fév. 1825. Sirey, 25,1, 421. — *Contrà*, Zachariæ, t. 5, p. 567, nte 39, 4e édit.

en opposition avec les articles 217 et 219, qui exigent que la femme, sous quelque régime qu'elle soit mariée, soit autorisée de son mari pour aliéner ses immeubles. L'article 1560 accorde, il est vrai, à la femme, le droit de faire révoquer, après sa séparation, l'aliénation de son immeuble dotal; mais ce droit est une simple faculté, dont le non exercice n'empêche point la femme d'intenter l'action en nullité ouverte par l'article 1304 en sa faveur, dans les délais que cet article détermine (1).

Mais si la femme a aliéné ses immeubles dotaux sous l'autorisation régulière de son mari, l'action en nullité qui lui appartient dans ce cas, à raison de la qualité dotale de la chose sera-t-elle, comme l'action en nullité résultant du défaut d'autorisation, soumise à la prescription de dix ans établie par l'article 1304, ou bien à la prescription ordinaire de dix, vingt ou trente ans, à partir de la dissolution du mariage? Ce sera encore la prescription de l'article 1304.

Cet article pose, en effet, un principe général, et il suffit que l'action en nullité de l'aliénation du fonds dotal rentre dans ses termes pour qu'on ne fasse aucune exception à son égard. Or, la loi ne considère point comme inexistant et non avenu le contrat par lequel la femme, autorisée ou non, aliène ses immeubles dotaux. L'article 1560 autorise seulement le mari, la femme et ses héritiers à le faire révoquer, c'est-à-dire à en demander la nullité. C'est donc une action en nullité que la femme ou ses héritiers intentent; et, aux termes de l'article 1304, en l'absence d'une exception particulière, elle est prescriptible par dix ans.

Il est vrai que dans son second paragraphe, cet article s'occupe spécialement du cas où une femme mariée a contracté

(1) Duranton, t. 15, nos 526-529. — Zachariæ, t. 2, p. 440, et t. 3, p. 582, 1re édit., et t. 4, p. 272, et t. 5, p. 568, 4e édit. — Cass., 1er mars 1847. Sirey, 47, 1, 180. — *Contrà*, Troplong, *Contrat de mariage*, no 3580.

sans autorisation. Mais il n'exclut pas pour cela celui où une femme mariée a contracté sous l'autorisation régulière de son mari, et a formé un contrat qui, nonobstant l'existence de cette autorisation, donne lieu à une action en nullité. Il signifie plutôt que l'action en nullité des actes faits par les femmes mariées se prescrit par dix ans, à partir de la dissolution du mariage, toutes les fois qu'elles ne sont point autorisées de manière à contracter valablement. D'où il résulte une assimilation exacte de la femme autorisée, mais illégalement, à aliéner son fonds dotal, avec la femme qui n'est pas autorisée du tout. Il faut remarquer que cette action en nullité de l'aliénation des immeubles dotaux rentre si exactement dans les termes de l'article 1304, que nous n'avons qu'à prendre le même point de départ qu'il fixe à la prescription, c'est-à-dire la dissolution du mariage, aussi bien en cas d'insuffisance qu'en cas de défaut d'autorisation. Enfin, s'il s'agissait d'une vente du fonds dotal consentie par une femme non autorisée, la prescription de dix ans ne saurait être écartée; car les termes de la loi admettent généralement toute action en nullité de la part des femmes mariées non autorisées. Comment donc voudrait-on n'admettre que la prescription de dix, vingt ou trente ans, quand la femme a été autorisée par son mari, mais d'une manière illégale et insuffisante (1)?

La prescription de dix ans couvrira de même la nullité de l'aliénation, lorsque le fonds dotal déclaré aliénable par le contrat de mariage, mais sous certaines conditions, aura été aliéné sans que ces conditions aient été observées, ou lorsque l'aliénation en ayant été autorisée par justice, dans les cas prévus par l'article 1558, quelques-unes des formalités prescrites auront été omises.

Dans le cas où la femme a été autorisée (2), aussi bien que

(1) Duranton, Zachariæ, *ibid.* — Cass., 31 mars 1841. Sirey, 41, 1, 397.

(2) *Contrà.* Nîmes, 4 juin 1835. Sirey, 36, 2, 50.

dans celui où elle ne l'a pas été (1), l'action en nullité de l'aliénation de ses immeubles dotaux se prescrit par dix ans, à partir seulement de la dissolution du mariage, et non du jour où elle a obtenu sa séparation de biens. En effet, l'article 1561, lorsqu'il déclare les biens dotaux de la femme prescriptibles après la séparation de biens, n'est point applicable aux actions en nullité ou en rescision déterminées par l'article 1304, mais seulement à la prescription ordinaire ou usucapion résultant au profit des tiers d'un simple fait de possession, sans titre émané des époux, quelle que soit l'époque à laquelle elle ait commencé. Il n'y a donc, dans notre hypothèse, aucune exception au principe posé par les articles 1561 et 2255 combinés, que la prescription ne court point pendant le mariage, à l'égard de l'aliénation du fonds dotal, non déclaré aliénable par le contrat. L'article 1560 est lui-même encore plus formel, lorsqu'il accorde à la femme le droit de faire révoquer cette aliénation après la dissolution du mariage ou la séparation de biens, sans qu'on puisse lui opposer aucune prescription pendant la durée du mariage. Enfin, le mari peut exercer le même droit sans le concours, et même contre la volonté de sa femme. Or, ce droit pouvant être incessamment exercé pendant la durée du mariage, il ne saurait en être dépouillé par une prescription décennale qui serait acquise pendant que le mariage subsiste ; et si cette prescription ne peut être opposée au mari, elle ne saurait l'être non plus à la femme tant que dure le mariage.

52. Les termes dans lesquels l'article 1304 est conçu ont donné lieu à une double interprétation de ses dispositions. L'une en étend le sens, l'autre le restreint.

Ainsi, l'on a prétendu qu'il résulte de la généralité de ces

(1) Cass., 1er mars 1847. Sirey, 47, 1, 180. — 4 juill. 1849. Sirey, 50, 1, 283. — Caen, 27 janv. 1851. Sirey, 51, 2, 428. *Contrà*, Grenoble, 2 juill. 1842. Sirey, 43, 2, 24, cassé par l'arrêt du 1er mars 1847.

expressions, dans tous les cas, que le principe posé par notre article est, dans son application, indépendant du caractère de la nullité sur laquelle l'action est basée ; qu'en conséquence, il est indifférent que la nullité soit expressément déclarée par la loi, ou qu'elle résulte virtuellement de ses dispositions ; qu'elle soit relative ou absolue ; prononcée dans un intérêt privé ou dans un intérêt public. L'action n'en est pas moins, dans tous les cas, soumise à la prescription de dix ans (1).

On ajoute que si, en règle générale, le caractère de la nullité est sans influence sur l'application de l'article 1304, ce principe doit cependant être limité par une exception qui ressort de la nature même des choses. C'est qu'en effet la nullité sur laquelle se fonde l'action, doit être susceptible d'être couverte par confirmation, ratification ou exécution volontaire. La prescription décennale étant fondée elle-même sur une pensée de confirmation, la présomption de la loi cesse quand elle est combattue par la réalité du fait. Lors donc que le caractère de la nullité est tel qu'il s'oppose incessamment et toujours à toute confirmation de l'acte, la prescription décennale ne peut être invoquée ; car, à défaut d'un point de départ auquel elle puisse régulièrement commencer, l'action en nullité dure aussi longtemps que la prescription ordinaire n'est point encore acquise. Si, au contraire, la nullité est de telle nature qu'elle puisse, un peu plus tôt ou un peu plus tard, à un moment donné, être couverte par confirmation, ratification ou exécution volontaire, la prescription de dix ans commence à courir du jour où elle est susceptible d'être ainsi couverte.

Quant à nous, nous pensons que l'article 1304 n'a pas une aussi grande portée, et qu'il ne s'applique pas indistinctement à toute action en nullité. Nous ne croyons pas qu'il s'y applique à la seule condition qu'elle soit susceptible d'être couverte par un acte quelconque de confirmation. On ne saurait, en

(1) ZACHARIÆ, t. 2, p. 440, 1re édit., et t. 4, p. 272, 4e édit. — TOULLIER, t. 7, n° 599.

effet, douter que ses dispositions ne soient la reproduction, au moins dans leur esprit, de celle des ordonnances de 1510 et de 1539. Or, l'ordonnance de 1510, article 46, ne s'occupait que des actions en rescision pour dol, fraude, circonvention, crainte, violence ou déception d'outre moitié ; et l'ordonnance de 1539, article 134, seulement des actions en nullité ou en rescision pour cause de minorité. Aussi, les actes faits par les femmes mariées, sans autorisation, étant hors des termes de l'ordonnance, l'action en nullité qui les concernait ne se prescrivait que par trente ans.

Nous retrouvons donc dans l'article 1304, avec quelque chose de plus, les dispositions de nos anciennes ordonnances ; c'est-à-dire l'action en rescision ou en nullité pour dol, violence, erreur, minorité. Ce qu'il y a de plus, à titre d'innovation, c'est l'incapacité de la femme mariée et de l'interdit assimilée à celle du mineur, quant à la durée de l'action en nullité ou en rescision.

Les seules actions en nullité ou en rescision dont s'occupe l'article 1304 sont donc celles qui sont fondées sur un vice de consentement ou d'incapacité (1). Et il convient de placer sur la même ligne que ces actions, celles qui reposent sur une contravention aux prohibitions formelles de la loi, alors que ces prohibitions sont fondées sur des considérations qui se réfèrent exclusivement, soit à la perfection du consentement, soit à la capacité des parties contractantes. Aussi, avons-nous appliqué les dispositions de l'article 1304 aux contrats faits par les personnes soumises à un conseil judiciaire, ou frappées de démence sans interdiction ni placement dans un établissement d'aliénés.

53. Ces raisons nous portent à décider que la nullité d'une donation entre vifs, faite à un médecin dans le cas de l'article 909 (2), doit être demandée dans les dix ans de l'acte. Ces

(1) Cass., 9 nov. 1875. Sirey, 77, 1, 293.
(2) Cass., 21 août 1822. Sirey, 23, 1, 100.

prohibitions de la loi sont, en effet, fondées sur une présomption de captation, de dol et de fraude. La nullité qui en résulte rentre ainsi dans les termes de l'article 1304.

54. Mais lorsque la nullité de l'acte repose sur un vice inhérent à sa cause ou à son objet, l'article 1304 cesse alors d'être applicable, et l'action en nullité n'est prescriptible que par trente ans. Nous le répétons; il ne prévoit dans ses dispositions que les actions en nullité ou en rescision qui sont fondées sur un vice de consentement ou de capacité; et si nous avons reconnu, avec la Cour de cassation, que la nullité d'une vente de biens dotaux, notamment, se prescrit par dix ans, à partir de la dissolution du mariage, alors même que cette vente a été faite par la femme régulièrement autorisée, c'est par suite d'une assimilation forcée de ce cas avec celui où la femme n'a pas été autorisée du tout, lequel cas rentre dans les termes exprès de l'article 1304.

Alors, au contraire, que la nullité de l'acte se rattache à un vice qui l'affecte dans sa cause ou dans son objet, de nombreuses et puissantes raisons repoussent l'application de cet article. Pris à son origine, cet acte ne peut être ni confirmé ni ratifié. La prescription de dix ans étant fondée sur la présomption d'une confirmation, ne saurait donc être invoquée là où toute confirmation est impossible.

Lorsque, à raison des vices de sa cause ou de son objet, la loi prohibe un acte, elle le frappe d'une nullité radicale, soit que la nullité puisse en être proposée par toutes parties, ou seulement par l'une d'elles. Or, les actions en nullité ou en rescision prévues par l'article 1304 supposent que l'acte a un principe d'existence légale, et qu'il dépend de la partie qui seule peut l'attaquer, de le ratifier ou confirmer valablement (1).

D'autre part, il précise avec soin, suivant la nature du vice dont le contrat est entaché, l'époque à laquelle commence la prescription de l'action en rescision ou en nullité. Supposez

(1) Duranton, t. 12, n° 523.

une nullité fondée sur un vice de cause ou d'objet, quel sera le point de départ de la prescription de l'action? La date de l'acte? Mais il n'est pas susceptible de confirmation ni de ratification : le moment où cette confirmation ou ratification sera possible? Mais ce point de départ est arbitraire, et la nécessité même où l'on est réduit d'en fixer un arbitrairement, en dehors des termes formels de l'article 1304, prouve de plus en plus qu'il est alors inapplicable.

On voudrait vainement se prévaloir de ces mots, dans tous les cas, pour en étendre l'application à toute action en nullité ou en rescision, pourvu, toutefois, que le vice ne résistât point perpétuellement à tout acte de confirmation ou de ratification. Ces expressions, dans tous les cas, ne doivent pas être prises dans une acception aussi étendue. Leur portée est limitée par les dispositions qui suivent. Elle ne signifient donc que les cas d'actions en nullité ou en rescision prévus par l'article 1304; et ces cas sont ceux de lésion, d'erreur, de dol, de violence, de mariage, d'interdiction, de minorité, en un mot, seulement ceux où le vice du contrat affecte la qualité du consentement, ou la capacité de la personne. Ces mots, dans tous les cas, posent sans doute un principe général; mais la généralité en est tout de suite limitée par la spécialité même des dispositions qui le consacrent.

Nous concluons que l'action en nullité n'est point soumise à la prescription de dix ans, conformément à l'article 1304, mais seulement à la prescription de trente ans, qui anéantit toutes les actions, quelles qu'elles soient, suivant l'article 2262, dans tous les cas où la nullité est prononcée par la loi expressément ou virtuellement, à raison d'un vice de cause ou d'objet, soit que ce vice résiste perpétuellement à tout acte de confirmation ou de ratification, soit, au contraire, qu'il puisse plus tard disparaître, et que la nullité qui en résulte puisse alors être couverte (1).

(1) MARCADÉ, art. 1304, nº 4.

Ainsi, la possibilité d'une confirmation ou ratification ultérieure ne suffit pas pour déterminer l'application de l'article 1304, en ce qui concerne la prescription des actions en nullité. A cet égard, il n'y a aucune distinction à faire entre les actes qui ne peuvent jamais, à aucune époque, être confirmés ou ratifiés, et ceux qui peuvent l'être plus tard, à un moment quelconque, lorsque la nullité en a été déclarée à raison d'un vice de cause ou d'objet. La prescription trentenaire est alors seule applicable.

55. Par exemple, l'article 1597 dispose que les juges, leurs suppléants, les magistrats remplissant le ministère public, les greffiers, huissiers, avoués, défenseurs officieux et notaires ne peuvent devenir cessionnaires des procès, droits et actions litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions, à peine de nullité et des dépens, dommages et intérêts. La nullité de semblables cessions se prescrira par trente ans seulement. Car la prohibition repose sur des considérations de bonnes mœurs et d'ordre public.

Nous en disons autant de la nullité des adjudications prononcées en contravention de l'article 711, C. pr. (1).

56. Les traités faits sur succession future, contrairement aux articles 791, 1130 et 1600, nuls à ce titre, sont entachés d'un vice qui tient à la fois à des raisons d'ordre et d'honnêteté publics et à l'indisponibilité de l'objet, dans les rapports sous lesquels il a été considéré. La prescription décennale établie par l'article 1304 ne saurait s'appliquer à de pareilles conventions, frappées dans leur principe d'une nullité radicale, et n'ayant en conséquence aucun effet légal. Elle ne s'appli-

(1) *Contrà,* Cass., 1er mars 1882. Sirey, 83, 1, 169. — Orléans, 7 juillet 1883. Sirey, 83, 2, 247, qui décident, en outre, que si l'adjudication a eu lieu par personne interposée, la prescription de dix ans ne court que du jour où cette interposition a été connue de la partie.

que, en effet, nous ne saurions trop le répéter, qu'aux contrats entachés d'une nullité relative, et telle que, jusqu'à leur rescision ou annulation, ils ont une sorte d'existence régulière aux yeux de la loi.

Dans les traités sur succession future, au contraire, le vice tenant à l'indisponibilité même de l'objet, et, en outre, à d'autres raisons que nous avons indiquées, affecte le contrat dans sa racine, et ne peut être purgé tant que subsistent les motifs sur lesquels il repose, c'est-à-dire tant que la succession n'est pas ouverte. Si, dans ce cas, une prescription peut s'accomplir, ce n'est que la prescription de trente ans. Et remarquez encore que cette prescription a pour objet, moins de couvrir le vice de la convention, que d'éteindre toute action réelle et personnelle suivant l'article 2262. En un mot, le stipulant ne pourra même après ces trente années de prescription acquise, se prévaloir du contrat, en ce sens que le vice en sera prescrit; mais il pourra seulement invoquer la prescription, comme ayant éteint les actions qui compétaient contre lui. La prescription qu'il invoquera, dans ce cas, devra donc, abstraction faite du contrat, réunir toutes les conditions de la prescription ordinaire.

Même après le décès de la personne sur la succession future de laquelle le traité a eu lieu, la prescription trentenaire seule pourra être invoquée. Ce point a été reconnu et consacré par de nombreux arrêts, rendus sous l'empire des principes de notre ancienne jurisprudence, des lois des 5 brumaire et 17 nivôse an II, et 18 pluviôse an V (1). Il doit en être de même sous le Code civil.

En effet, indépendamment du vice qui affecte le contrat et de la nullité radicale qui en résute, il y a une autre raison

(1) Cass., 12 juill. 1828. Sirey, 28, 1, 286. — Montpellier, 3 juin 1830. Sirey, 31, 2, 151. — Toulouse, 25 mai 1829. Sirey, 31, 2, 330. — 27 août 1833. Sirey, 34, 2, 97. — Bastia, 14 avril 1834. Sirey, 34, 2, 594. — Limoges, 6 avril 1838. Sirey, 38, 2, 501.

pour repousser l'application de l'article 1304. C'est que cet article détermine comme point de départ de la prescription décennale, certains faits qui indiquent eux-mêmes quels sont les vices compris dans ses prévisions. Il faudrait donc ajouter aux dispositions de la loi, et créer un point de départ non prévu à une prescription décennale que l'article 1304 exclut par l'impossibilité même où il place le juge de lui trouver un point de départ. Son silence indiquerait tout au plus la date de l'acte comme point initial de la prescription ; mais la nature du vice dont le contrat est entaché y résiste invinciblement.

La prescription trentenaire est donc seule applicable, même après le decès de la personne sur la succession future de laquelle le traité a eu lieu. Et cette prescription, qu'on veuille bien le remarquer, courra du jour du contrat, pourvu qu'elle réunisse d'ailleurs les conditions ordinaires, et sauf l'application de la maxime *quæ temporalia*..., si le stipulant n'a pas été mis en possession (1).

57. Par les mêmes raisons, l'action en nullité d'un traité fait sur les biens d'un absent, avant l'envoi en possession définitif, se prescrit par trente ans et non par dix ans (2).

58. La prescription décennale établie par l'article 1304, n'est point applicable aux stipulations usuraires. Les intérêts usurairement perçus peuvent être répétés pendant trente ans. Car il s'agit, non d'une action en rescision ou en nullité, mais d'une répétition de l'indû. Le créancier n'acquiert même pas

(1) Troplong, *Vente*, n° 249. — Vazeille, *Prescript.*, t. 2, n° 547. — Marcadé, art. 1304, n° 4. — Zachariæ, t. 4, p. 271, nte 4, 4e édit. — Aix, 2 fév. 1840. Sirey, 40, 2, 359. — Cass., 11 nov. 1845. Sirey, 45, 1, 785. — 8 nov. 1842. Sirey 43, 1, 33. — 14 nov. 1843. Sirey, 44, 1, 229. — *Contrà*, Zachariæ, t. 2, p. 440, 1re édit. — Duvergier, *Vente*, t. 1, n° 230. — Rouen, 30 déc. 1823. Sirey, 25, 2, 25. — Cass., 3 août 1829. Sirey, 29, 1, 339. — 23 janv. 1832. Sirey, 32, 1, 666. — Toulouse, 13 avril 1831. Sirey, 31, 2, 330. — 11 juill. 1834. Sirey, 35, 2, 39.

(2) Voy. art. 1130, n° 23.

le droit d'exiger des intérêts usuraires par le fait de leur payement pendant trente ans (1).

59. On doit de même décider que la prescription de dix ans n'est pas applicable à l'action en nullité de la clause par laquelle un créancier stipule dans un contrat de gage ou d'antichèse, qu'il restera propriétaire de la chose, à défaut de payement au terme convenu (2078, 2088) (2). Une pareille clause étant déclarée nulle par la loi, il s'ensuit qu'elle ne peut jamais être couverte par un acte de simple confirmation ou de ratification, et que, dès lors, l'action en nullité ne se prescrit point par dix ans, conformément à l'article 1304.

Il faut en dire autant du contrat pignoratif, qui dissimule ordinairement une antichrèse exorbitante sous la forme d'une vente à vil prix, avec relocation et faculté de rachat en faveur du vendeur. La nullité d'un pareil contrat n'est prescriptible que par trente ans, de même que les conventions prohibées par les articles 2078 et 2088 (3). On peut toujours établir le caractère simulé et frauduleux de ces actes.

Le contrat d'impignoration est, en effet, frappé de nullité, non pas comme contenant un dol et une fraude commis envers la personne, mais comme renfermant une fraude à la loi; c'est-à-dire comme déguisant sous la forme d'une vente la clause prohibée par les articles que nous venons de citer. Il est nul, non point parce qu'il contient une lésion personnelle, mais parce qu'il a pour effet, à l'aide d'un déguisement frauduleux, et contrairement aux prohibitions de la loi, de faire passer, à défaut de payement à l'échéance, sur la tête du créan-

(1) Voy. lois des 3 sept. 1807, et 19 déc. 1850. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 443, 1re édition. — TROPLONG, *Prescript.*, nº 132.

(2) ZACHARIÆ, t. 2, p. 441, 1re édit., et t. 4, p. 273 et 278, nte 28, 4e édit. — Toulouse, 5 mars 1831. SIREY, 34, 2, 111.

(3) Poitiers, 18 juill. 1838. SIREY, 38, 2, 391. — Limoges, 22 juillet 1873. SIREY, 73, 2, 180. — Chambéry, 3 janv. 1873. SIREY, 74, 1, 72. — *Contrà*, Limoges, 2 août 1839. SIREY, 40, 2, 62. — 14 mai 1850. Palais, 50, 2, 292.

cier, la propriété de la chose que les circonstances démontrent que le débiteur a voulu non pas aliéner, mais engager seulement. Or, une semblable fraude à la loi constitue un vice de cause qu'il n'est pas au pouvoir des parties de confirmer ni de ratifier. L'intérêt général, en vue duquel sont édictées les dispositions des articles 2078 et 2088, réclame sans cesse contre une semblable convention qui a précisément pour objet de les frauder. Car il ne faut pas oublier que les modes d'aliénation autorisés par la loi constituent eux-mêmes, pour la propriété, des garanties d'intérêt public. Telles sont les raisons qui nous portent à rejeter ici la prescription décennale.

Vainement on dit que l'action tend, après tout, à faire annuler comme vente réelle le contrat pignoratif, et que, s'agissant dès lors d'une action en nullité, elle est prescriptible par dix ans. Cette raison ne suffit pas; car il reste encore à démontrer que les causes de cette action en nullité sont de telle nature qu'elle rentre dans les dispositions de l'article 1304. Il y a, en effet, des actions en nullité qui y font exception; et telle nous paraît être celle dont nous apprécions ici les caractères. A vrai dire, il s'agit moins de la nullité de l'acte que de son exécution même, tel qu'il existe en réalité, malgré son caractère apparent.

Les juges peuvent seulement argumenter en fait du long temps écoulé, pour en induire, suivant les circonstances, la bonne foi et la sincérité de l'acte.

60. La prescription décennale, établie par l'article 1304, étant le résultat d'une disposition exceptionnelle, ne doit pas être appliquée en dehors des termes précis de la loi. Ainsi, elle ne concerne que les actions en nullité ou en rescision des conventions unilatérales ou bilatérales. L'article 1304 est formel à cet égard. Elle ne s'applique donc pas aux dispositions testamentaires. La nullité de pareils actes ne se couvre que par la prescription de trente ans, parce que cette dernière

prescription est destinée à éteindre toutes les actions, quelles qu'elles soient (1).

61. Mais la prescription de dix ans devient applicable aussitôt qu'il s'agit, non de la nullité d'une disposition testamentaire, mais de la nullité ou de la rescision d'une renonciation faite à une succession, que le renonçant prétend faire annuler pour cause de dol ou d'incapacité. Cette renonciation établit, en effet, à la charge du renonçant, certaines obligations envers des tiers. En renonçant, il s'oblige virtuellement à leur égard. Cet acte donne lieu, en conséquence, à une véritable action en nullité ou en rescision (2).

Nous disons la même chose du cas où l'héritier prétendrait faire annuler son acceptation d'une succession pour un motif quelconque. Car en acceptant il contracte.

62. On a prétendu que la prescription de l'article 1304 était également applicable aux actions en nullité fondées sur l'inobservation des formes exigées pour la validité des actes destinés à constater un contrat; par exemple, sur l'inobservation des dispositions de la loi du 25 ventôse an XI, relatives aux formes nécessaires pour la validité des actes notariés, pourvu, toutefois, qu'il ne s'agisse point d'un acte resté imparfait et à l'état de simple projet (3).

Et, par application de ce principe, on a prétendu également que la même prescription de dix ans couvrait la nullité d'un acte de donation entaché d'un vice de forme, sous la réserve, néanmoins, de la distinction suivante : Comme le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre vifs, et que, par rapport à lui, la dona-

(1) Toullier, t. 7, n° 617. — Duranton, t. 12, n° 531. — Zachariæ, t. 2, p. 442, 1re édit., et t. 4, p. 276, 4e édit. — Cass., 25 nov. 1857. Sirey, 58, 1, 209.

(2) Paris, 2 février 1880. Sirey, 1883, 1, 301.

(3) Zachariæ, t. 2, p. 441, 1re édit., et t. 4, p. 272, nte 6, 4e édit. — Duranton, t. 12, n° 537. — Pau, 4 fév. 1830. Sirey, 30, 2, 202.

tion nulle en la forme doit être refaite en la forme légale (1339), les mêmes auteurs ont pensé que la prescription décennale basée sur une présomption de confirmation, ne pouvait être opposée au donateur qui poursuit la nullité de sa donation. Mais comme la confirmation d'une donation par les héritiers ou ayants-cause du donateur, après son décès, emporte de leur part renonciation à opposer les vices de forme (1340), ils décident que la prescription décennale peut être opposée à ces héritiers ou ayants-cause (1).

Et, cependant, ils pensent (2) que cette prescription ne couvre point les vices des actes sous seings-privés qui, devant être faits doubles, ne l'ont pas été, ou ne contiennent pas d'approuvé en toutes lettres.

Quant à nous, nous ne saurions croire que la prescription de dix ans, établie par l'article 1304, puisse s'appliquer aux actions par lesquelles on demande la nullité d'un acte, pour inobservation des formes requises pour sa validité. Dans notre opinion, cette prescription ne peut être opposée qu'aux actions en rescision ou en nullité d'une convention. C'est, en effet, seulement de ces actions que l'article 1304 dispose qu'elles ne durent que dix ans, dans tous les cas où elles n'ont pas été limitées à un temps moindre par une loi particulière. Or, nous l'avons déjà dit, la prescription décennale est une prescription exceptionnelle qui ne doit pas être appliquée hors des termes précis de la loi. N'étant expressément établie que pour les actions en rescision ou en nullité des conventions, elle n'est

(1) Zachariæ, t. 2, p. 441, 1re édit. — Duranton, t. 12, n° 538. — Toullier, t. 7, n° 605. — Troplong, *Donat.*, n° 1086. — Bordeaux, 26 janv. 1841. — Sirey, 41, 2, 616. — Riom, 16 juin 1843. Sirey, 43, 2, 543. — Caen, 17 nov. 1855. Sirey, 57, 2, 757. — Toulouse, 27 avril 1861. Sirey, 61, 2, 393. — Cass., 5 mai 1862. Sirey, 62, 1, 561. — 26 nov. 1862. Sirey, 63, 1, 15. — 27 nov. 1865. Sirey, 66, 1, 104. — *Contrà,* Caen, 26 fév. 1827. Sirey, 28, 2, 115.

(2) Duranton, t. 13, nos 165 et 185. — Zachariæ, t. 5, p. 657 et 667, 1re édit., et t. 8, p. 235, 4e édit.

point applicable aux actions en nullité dirigées contre les actes destinés à les constater.

Autre chose, en effet, la convention, autre chose l'acte. Une convention existe indépendamment de sa preuve, indépendamment de l'acte qui l'établit. De même qu'un contrat peut être très valable en lui-même, et cependant n'être constaté que par un acte tout à fait irrégulier quant à la forme, de même un acte peut réunir toutes les conditions de forme nécessaires à sa validité, et néanmoins ne constater qu'une convention annulable ou rescindable. Le contrat ne doit donc pas être confondu avec l'acte, pas plus qu'un fait ne peut l'être avec sa preuve. Or, l'article 1304, dans chacun de ses termes et dans chacune de ses dispositions, ne prévoit évidemment que les actions en nullité ou en rescision dirigées contre une convention.

Ce qu'il déclare en termes formels dans son premier paragraphe, il le consacre par les dispositions suivantes, qui ne s'occupent que des vices de consentement ou de capacité, vices qui ne sauraient affecter que la convention elle-même, et nullement l'acte destiné à la constater. Les vices d'acte sont donc complètement étrangers aux prévisions de l'article 1304. Dès lors, ils ne peuvent être couverts que par la prescription trentenaire, non pas parce qu'elle les efface et fait réputer l'acte régulier, mais parce qu'elle a pour effet d'anéantir toutes les actions.

Qu'on y fasse d'ailleurs attention ; la nature même des choses le veut ainsi. Quiconque allègue l'existence d'une convention, soit en demandant, soit en défendant, doit l'établir, et, s'il ne produit qu'un acte irrégulier, insuffisant pour la constater, il n'a point fait la preuve que la loi lui impose. Ainsi, en l'absence d'une justification régulière, il est dénué de tout droit, et son adversaire dégagé de toute obligation. Il n'a pu, par suite, acquérir ses droits prétendus que par la prescription trentenaire, de même que l'autre partie n'a pu perdre les siens que par l'effet de la même prescription. Ils sont enfin, l'un par

rapport à l'autre, dans la même situation que si aucune convention n'avait eu lieu, puisqu'une convention non légalement prouvée est réputée inexistante. La prescription trentenaire est donc la seule qui puisse être opposée, moins parce qu'elle répare les vices de l'acte, que parce qu'elle vaut titre elle-même et dispense de tout autre titre (1).

Mais l'examen de cette question suppose deux choses : d'abord, que la partie à qui on oppose la prescription de son action en nullité, n'est pas en position de se prévaloir de la maxime *quæ temporalia*... Car, si elle pouvait en exciper, l'exception de nullité de l'acte durerait aussi longtemps que l'action, et aucune prescription ne pourrait être opposée. Il suppose ensuite que la convention a été exécutée en tout ou partie, mais que cette exécution a été insuffisante pour couvrir les vices de l'acte. Si, en effet, elle avait suffi, elle dispenserait le prétendu créancier d'invoquer le secours de la prescription.

Cette observation nous en suggère une autre plus générale, par laquelle nous croyons devoir terminer le commentaire de l'article 1304 : C'est que, si la prescription décennale ne doit jamais être appliquée dans aucun des cas où il n'y a lieu ni à confirmation, ni à ratification, ni à exécution volontaire, elle n'est cependant pas toujours applicable aux conventions et actes qui peuvent être confirmés, ratifiés et volontairement exécutés. La première condition indispensable pour son application est sans doute que le vice qui fonde l'action en rescision ou en nullité puisse être couvert par une confirmation ou ratification; mais cette condition ne suffit point dans tous les cas.

Article 1305.

La simple lésion donne lieu à la rescision, en faveur du mineur non émancipé, contre toutes sortes de conventions,

(1) Zachariæ, t. 4, p. 276, nte 19, 4e édit. — Marcadé, art. 1340, no 3. — Pau, 5 février 1866. Sirey, 66, 2, 194.

et, en faveur du mineur émancipé, contre toutes conventions qui excèdent les bornes de sa capacité, ainsi qu'elle est déterminée au titre *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation.*

Sommaire.

1. Questions posées.
2. Des engagements contractés par la femme mariée.
3. De ceux contractés par les interdits et les personnes soumises à un conseil judiciaire.
4. De ceux contractés par les mineurs seuls. Sont-ils nuls ou rescindables?
5. Discussion. Des actes soumis à certaines formalités spéciales.
6. Suite quant au mineur émancipé.
7. Des actes soumis à la simple assistance du tuteur. Système de quelques auteurs.
8. Son application aux actes du mineur émancipé.
9. Ses conséquences.
10. Exposé de notre système. Historique. Réfutation.
11. Suite. Ils sont simplement rescindables pour cause de lésion.
12. Ceux faits avec l'assistance du tuteur ou du curateur sont valables.
13. Application.
14. Différence entre l'action en rescision et l'action en réduction du mineur émancipé.
15. Sens du mot lésion.
16. La lésion doit être notable.
17. Comment elle s'apprécie.
18. Suite.
19. *Quid,* si le mineur s'est obligé pour tirer son père de prison?
20. L'autre partie ne peut échapper à l'action en offrant un supplément.

COMMENTAIRE.

1. Nous n'avons pas à examiner ici comment les biens des mineurs sont administrés, comment leurs personnes sont représentées et habilitées, comment s'exercent les fonctions de tuteur ou de curateur. Toutes ces questions se réfèrent spécialement aux titres de la tutelle et de l'émancipation, auxquels nous nous bornons à renvoyer le lecteur.

Mais lorsque le mineur a contracté seul; lorsqu'il a contracté avec l'autorisation de son tuteur, ou l'assistance de son curateur, s'il est émancipé; lorsque le tuteur a contracté lui-même au nom de son pupille, ou, ce qui est la même chose, lorsque le mineur a contracté avec l'autorisation de son tuteur, quelle est la valeur légale de ces divers actes, alors même que toutes les formalités prescrites pour certains contrats particuliers ont été régulièrement observées? Question grave, délicate, intéressante, qui a divisé les auteurs et les arrêts.

Avant d'examiner les différents cas où le mineur peut attaquer ses engagements, soit pour incapacité, soit pour lésion, nous devons apprécier ceux où les autres incapables sont également admis, pour les mêmes causes, à attaquer les engagements qu'ils ont contractés. Cet examen, par le rapprochement qui en sera la conséquence, fera mieux comprendre les ressemblances et les différences qui existent entre les diverses incapacités établies par la loi, en ce qui touche les actions qui compètent aux incapables, pour faire annuler ou rescinder leurs engagements. Ainsi complétée sur ce point, notre théorie embrassera les divers cas où les incapables sont admis par la loi à se pourvoir par action en nullité ou en rescision.

2. La femme mariée ne peut s'engager qu'avec l'autorisation de son mari, ou, à son défaut, qu'avec l'autorisation de la justice (215 et suivants); et la nullité fondée sur ce défaut d'autorisation ne peut être opposée que par elle, par son mari ou par leurs héritiers (225). Ses engagements, à défaut d'autorisation, sont donc nuls et non simplement rescindables. Il suffit ainsi de son incapacité personnelle, sans qu'on ait besoin d'exiger la circonstance de lésion. Nous verrons, au contraire, que la lésion joue un grand rôle dans les actes des mineurs.

3. Quant à ceux qui sont en état d'interdiction civile ou pénale, ou auxquels on a nommé un conseil judiciaire, les actes passés par eux postérieurement à l'interdiction ou à la

nomination d'un conseil, sont nuls de droit (502, 513). Leur incapacité personnelle suffit, sans lésion matérielle, pour que leurs engagements soient frappés de nullité. Nous aurons encore à signaler sur ce point une très grande différence entre leur incapacité et celle des mineurs.

4. Arrivons donc aux mineurs, dont s'occupe spécialement l'article 1305. D'une part, l'article 1125 dit qu'ils ne peuvent attaquer, pour cause d'incapacité, leurs engagements, que dans les cas prévus par la loi. Il en dit autant de l'interdit et de la femme mariée; mais nous venons de voir que leurs engagements sont nuls de droit, toutes les fois qu'ils n'ont pas été légalement habilités, soit par l'autorisation maritale ou judiciaire, soit par l'intervention du tuteur ou l'assistance du conseil. D'autre part, l'article 1305 porte que la simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé, contre toutes sortes de conventions; et en faveur du mineur émancipé, contre toutes conventions qui excèdent les bornes de sa capacité, ainsi qu'elle est déterminée au titre de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation.

Voilà sans doute un de ces cas annoncés par l'article 1125, où le mineur peut attaquer ses engagements.

Mais jusqu'où vont les dispositions de l'article 1305? N'y a-t-il jamais que la lésion qui puisse autoriser le mineur à attaquer ses engagements? Ne doit-on pas, en outre, distinguer, pour le mineur émancipé aussi bien que pour le mineur non émancipé, les actes dont la consommation est soumise à des formalités spéciales, et ceux pour la passation desquels aucune autre forme n'est exigée que l'intervention personnelle ou l'autorisation du tuteur? Faut-il encore distinguer les actes faits par le tuteur et ceux faits par le mineur seul, en dehors de sa capacité? Quels seront les effets de son incapacité? Quels seront ceux de la lésion? Comment combiner l'action en nullité pour incapacité, vice de la personne, avec l'action en rescision pour lésion, vice du contrat?

Il faut reconnaître que, soit que l'on étudie la loi dans ses précédents historiques, soit qu'on scrute son esprit, soit qu'on argumente de la combinaison de ses textes, elle fournit une ample matière à la discussion et à la controverse. Aussi, les auteurs sont-ils loin de s'entendre sur le sens de ses dispositions.

5. Pour plus de clarté, nous distinguerons entre le mineur non émancipé et le mineur émancipé; entre les actes soumis à des formalités spéciales et ceux qui n'y sont pas assujettis; entre les actes exempts de formes particulières, passés par le tuteur ou par le mineur avec son autorisation, et les actes de même nature passés par le mineur seul sans autorisation tutélaire.

Nous supposons d'abord un mineur non émancipé, et un de ces actes pour la validité desquels la loi exige l'accomplissement de formalités spéciales.

Tels sont les emprunts, les aliénations, les hypothèques (457); les poursuites en partage (465, 817); les acceptations ou répudiations de succession (461), de donation (463); l'introduction d'une action immobilière (464); les transactions (467); les contrats de mariage (1398). Dans tous ces cas, la loi prescrit des formalités particulières.

Quelle sera la valeur légale de ces divers actes, lorsque les formalités spéciales exigées par la loi auront été toutes accomplies? Nous renvoyons l'examen de cette question à notre commentaire de l'article 1314.

Mais si ces formes n'ont pas été remplies, quelle sera la valeur de l'acte, soit que le mineur l'ait passé seul, soit que le tuteur ou le mineur autorisé l'ait passé, toujours sans observer les formalités particulièrement prescrites? Sera-t-il de droit nul, ou simplement rescindable pour cause de lésion?

Si c'est le tuteur qui a contracté sans observer les formes voulues, il faut, pour apprécier la valeur de l'acte, examiner l'étendue de ses pouvoirs. Il ne s'agit plus, en effet, d'une inca-

pacité personnelle, mais d'une insuffisance de pouvoirs. Le tuteur, comme personne, est capable; comme administrateur, il ne l'est pas; car la loi est formellement prohibitive : Le tuteur ne peut (457)... ne pourra (461, 463, 467, etc.)... On peut parcourir la série des actes pour lesquels elle exige l'accomplissement de certaines formalités, et l'on verra comment elle est conçue en termes impérativement et absolument prohibitifs. A défaut de l'observation des formes particulièrement prescrites, ces actes sont donc nuls, *ipso jure*, de plein droit, pour insuffisance de pouvoirs dans la personne du tuteur. Il n'y a pas à s'inquiéter, en outre, de l'existence d'une lésion quelconque que la loi présume, par cela seul que le tuteur n'a pas observé toutes les formalités qui devaient l'habiliter, et qui lui étaient imposées comme autant de mesures préventives dans l'intérêt de son pupille.

Est-ce le mineur qui a contracté lui-même sans observer les formes spéciales exigées? ici encore l'engagement est nul *ipso jure*, et non simplement rescindable pour lésion. Il est vrai que l'article 1305 parle de toutes sortes de conventions; d'où l'on serait tenté de conclure que, ne distinguant point, il exige l'existence de la lésion, même dans les engagements dont la validité est soumise à des formes spéciales, pour que le mineur qui a contracté personnellement puisse les faire rescinder. Mais il faut rapprocher les dispositions de cet article d'autres dispositions. L'article 1311, en mettant en opposition les engagements du mineur nuls en la forme, et ceux simplement sujets à restitution, fait voir jusqu'à la dernière évidence que l'article 1305, ne parlant que de lésion, ne s'occupe point des actes nuls en leur forme, c'est-à-dire de ceux pour la régularité desquels la loi a prescrit certaines formalités particulières. Enfin, l'article 1314, le seul qui les nomme expressément, prouve de plus en plus et explique en même temps le silence de l'article 1305 à leur égard, par cela même qu'il ne les prévoit que pour en consacrer l'entière et parfaite validité, dans le cas où les formes requises ont été remplies. Ce n'est

donc que par l'effet d'une pure distraction que M. Merlin (1) a prétendu que l'inaccomplissement des formalités spéciales prescrites pour certains actes, donnait lieu simplement à une action en rescision.

Si le mineur avait contracté en son nom, mais sous l'autorisation de son tuteur et sans l'accomplissement des formalités requises, un de ces engagements pour la validité desquels leur observation est si impérativement exigée sous forme de prohibition du contraire, nul doute que cet engagement ne fût encore nul de plein droit. Il suffirait au mineur de dire que les formes voulues n'ont pas été remplies. Sans entrer plus avant dans l'examen de la cause; sans demander qu'il prouve en outre l'existence d'une lésion quelconque, les juges doivent annuler immédiatement. En effet, aux yeux de la loi, c'est la même chose que le tuteur contracte personnellement comme tuteur, ou que le mineur contracte avec l'autorisation de son tuteur.

Comme nous voulons que ceci soit dit et entendu, une fois pour toutes, qu'il nous soit permis d'insister un peu. A la différence du droit romain, le Code civil fait agir le tuteur au nom du pupille (450). Mais bien qu'il ne prévoit pas spécialement le cas d'un acte fait par un mineur, avec l'autorité de son tuteur, il est évident que cet acte doit être considéré comme s'il était fait par le tuteur lui-même au nom du pupille. Le tuteur, en effet, se l'approprie par son autorisation, ni plus ni moins que s'il stipulait lui-même en son nom qualifié de tuteur. La loi montre elle-même qu'elle n'y voit et n'y fait aucune différence. Ainsi, après avoir, dans les articles 457 et suivants, adressé personnellement au tuteur ses inhibitions et défenses de faire certains actes sans observer les formalités qu'elle indique, elle dit, dans l'article 484, que le mineur émancipé ne pourra non plus vendre, ni aliéner ses immeubles, ni faire aucun acte autre que ceux de pure administration, sans

(1) Quest., v° *Hypothèque*, § 4, n° 3.

observer les formes prescrites au mineur non émancipé. Et cependant ces formes n'ont pas été prescrites au mineur personnellement; elles l'ont été à son tuteur. Si donc la loi emploie cette locution de l'article 484, n'est-ce pas une preuve que les mêmes défenses qui sont faites au tuteur, sont faites au mineur contractant sous l'autorisation de ce dernier, et qu'elles lui sont faites sous la même sanction de nullité de plein droit (1)?

6. Quant au mineur émancipé, on peut classer en quatre catégories différentes les divers actes qui le concernent 1° pour les uns, il a la capacité d'un majeur, ce sont les actes d'administration (481); 2° d'autres sont néanmoins réductibles en cas d'excès; ce sont les obligations contractées par voie d'achat ou autrement (484); 3° ceux-ci, il doit les faire sous l'assistance de son curateur, comme lorsqu'il s'agit de recevoir et de donner décharge d'un capital mobilier (482); 4° ceux-là, tels qu'emprunt, vente, aliénation, il doit observer quant à eux les formes prescrites au mineur non émancipé (483-484). Occupons-nous seulement de ces derniers.

S'ils ont eu lieu sans les formes voulues, ils sont nuls de droit par cette seule raison, comme ils le seraient s'ils avaient été faits par un mineur non émancipé. Les défenses de la loi sont, en effet, conçues à son égard dans des termes également absolus et prohibitifs. Il ne pourra (483-484); et la sanction de nullité vient d'elle-même se placer au bout de ces inhibitions. Il est donc en ce point placé par la loi sur la même ligne que le mineur non émancipé, et assujetti, sous la même sanction, à l'accomplissement des mêmes formes requises. C'est ce qui résulte de l'expression identique des mêmes prohibitions légales.

Nous restreignons enfin, quant au mineur émancipé, les

(1) DURANTON, t. 10, n° 284. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 433, n^te^ 3, 1re édit., et t. 4, p. 253, 4e édit. — Cass., 1er juin 1870. SIREY, 70, 1, 387.

dispositions de l'article 1305, aux actes autres que ceux pour lesquels la loi a requis certaines formalités, également exigées pour les mêmes actes de la part du mineur non émancipé.

En résumé, sont nuls de droit et non simplement rescindables pour lésion, les engagements résultant d'actes que la loi à soumis à certaines formalités spéciales, en cas d'inobservation de ces formalités et pour cette seule inobservation, soit que ces actes aient été passés par un tuteur au nom de son pupille, par un mineur autorisé ou non de son tuteur, ou par un mineur émancipé assisté ou non de son curateur (1).

7. Revenons au mineur non émancipé, et voyons quel est le sort des actes pour lesquels la loi n'exige que l'autorisation du tuteur, soit que ces actes aient été passés par le tuteur ou par le pupille dûment autorisé. C'est sur ce point, surtout, qu'il existe une vive controverse.

Avant d'exposer notre propre système, nous résumerons le système contraire. L'article 1124, dit-on, range les mineurs au nombre des incapables. Lors donc qu'un mineur contracte seul, il contracte un engagement entaché d'un vice d'incapacité et manquant ainsi d'une des conditions essentielles à sa validité. Il est donc nul et nul de droit, *ipso jure* (2); ce qui veut dire qu'il est inutile d'y rechercher un second vice de lésion, qui ferait double emploi avec le premier (3).

Mais s'il a contracté avec l'autorisation de son tuteur un de ces engagements pour lesquels la loi n'exige aucune autre

(1) Toullier, t. 6, nos 106 et 107; t. 7, nos 527 et 572. — Troplong, *Hyp.*, n° 492. — Duranton, t. 10, n° 286. — Proudhon, t. 2, p. 284. — Zachariæ, t. 2, p. 429, 1re édit., et t. 4, p. 255, 4e édit. — Rennes, 17 nov. 1836. Dalloz, 37, 2, 56. — Cass., 16 janv. 1837. Dalloz, 37, 1, 62. — 25 mars 1861. Sirey, 61, 1, 673.

(2) L. 3, C. *De in int. rest.* — L. 16, *ff. De minor.* — L. 19, *ff. De act. empt.*

(3) Toullier, t. 6, n° 106; t. 7, n° 573. — Troplong, *Hyp.*, n° 492; et *Vente*, art. 1594.

formalité spéciale, on ne peut plus dire, sans doute, que l'engagement est nul pour incapacité. Car la personne du mineur a été habilitée par l'autorisation tutélaire; c'est comme si le tuteur avait contracté lui-même au nom du pupille. Logiquement il faudrait donc maintenir l'acte, comme s'il avait été fait par un majeur.

Cependant, ajoute-t-on, ce résultat ne satisfait point l'équité, et il est repoussé par la loi. En effet, le tuteur contractant pour son pupille ou l'autorisant, a pu consentir ou lui faire consentir un engagement préjudiciable, lésionnaire; il a pu témérairement compromettre ses intérêts par un acte désavantageux. Or la loi, pleine de sollicitude pour lui, le protége même contre cette lésion. Il est vrai que la sécurité des rapports des tiers avec les mineurs en est affectée. Mais si l'on met en parallèle, d'un côté des tiers qui jouissent de toute leur capacité, qui peuvent surprendre la bonne foi et la simplicité du tuteur, qui, dans tous les cas, sont libres de contracter ou non; et, d'un autre côté, le mineur incapable de veiller lui-même sur ses intérêts, placé sous une protection étrangère, indifférente quelquefois, inhabile souvent, malveillante peut-être; alors on comprend très bien que la loi ait donné au mineur, même autorisé, une action en rescision pour lésion, moyen de réparation toujours plus efficace qu'un recours en garantie contre le tuteur, dont la responsabilité peut ne pas être engagée, ou, si elle l'est, être complètement illusoire. C'est alors qu'il est restitué, non comme mineur, mais comme lésé, *non tanquam minor, sed tanquam læsus*. Il faut ensuite observer que la simple menace en droit d'une action en rescision pour lésion aura précisément pour effet de restreindre les occasions de l'invoquer.

Et, à l'appui de cette théorie, on invoque divers textes du Code civil. Ainsi, dit-on, l'article 1304 reconnaît expressément à l'égard des mineurs une action en nullité et une action en rescision. L'article 2012 parle spécialement d'une obligation contractée en minorité comme pouvant être annu

lée. L'article 1311, à propos des engagements contractés par le mineur, dit expressément que les uns sont nuls en la forme et les autres sujets à restitution. Or, le défaut d'autorisation de la part du tuteur ne saurait être autre chose qu'un vice de forme.

L'article 225 parle de la nullité des engagements contractés par la femme, sans autorisation maritale ou judiciaire. L'article 1124 place le mineur à côté de la femme mariée, parmi les incapables. Enfin, l'article 502 dit que tous actes passés par l'interdit postérieurement à son interdiction, ou par le prodigue sans l'assistance du conseil sont nuls de droit. Or, l'interdit est assimilé au mineur pour sa personne et pour ses biens (509), ainsi que pour sa capacité (1124). Le système de la nullité de plein droit a donc l'avantage d'établir l'unité, toujours si désirable, dans notre législation civile.

A côté de cette action en nullité, résultant de l'incapacité personnelle du mineur non autorisé, l'article 1305 lui ouvre une autre action en rescision pour lésion. Cette seconde action ne saurait évidemment, ajoute-t-on dans ce système, s'appliquer qu'aux engagements qui ne sont entachés d'aucun vice d'incapacité, c'est-à-dire ceux contractés par le mineur autorisé, ou par le tuteur au nom de son pupille (1).

8. Quant au mineur émancipé, nous commencerons par mettre de côté les actes qu'il ne peut faire, à peine de nullité de droit, comme le mineur, sans observer certaines formalités spécialement requises. Nous écarterons aussi les actes de simple administration contre lesquels la loi ne le déclare restituable que dans les cas où le majeur le serait lui-même (481), enfin les actes qu'il peut faire seul, sauf réduction en cas d'excès, et dont nous nous occuperons plus tard (484),

Continuant donc l'exposition du système que nous nous

(1) Toullier, t. 6, n°s 106 et 107; t. 7, n°s 573 et suiv. — Troplong, *Hyp.*, n° 492; et *Vente*, art. 1594. — Bastia, 12 juin 1855. Sirey, 55, 2, 670.

proposons de combattre, nous n'examinerons ici que les actes que le mineur émancipé ne peut faire sans l'assistance de son curateur, et pour lesquels la loi n'exige point d'autre formalité. Quant à ces actes, dit-on, si le mineur émancipé les a accomplis sans l'assistance de son curateur, ils sont nuls de droit; si, au contraire, il a été assisté de son curateur, ils ne sont plus nuls, mais ils sont rescindables pour lésion (1305), Ainsi, en ce qui concerne ces actes, le mineur émancipé est complètement assimilé au mineur non émancipé. Une double action lui est ouverte : action en nullité, à défaut d'assistance de son curateur; action en rescision pour lésion, alors même que cette assistance a eu lieu.

9. On a déjà sans doute entrevu les conséquences particulières de ce système. Il est, en effet, fort important d'y distinguer l'action en nullité de l'action en rescision, car les conditions de leur existence ne sont pas les mêmes. L'action en nullité s'exerce indépendamment de toute lésion; l'action en rescision, au contraire, se fonde sur la lésion.

L'action en rescision se trouve ainsi subsidiaire à l'action en nullité. On n'a pas besoin d'y recourir, toutes les fois que le contrat est nul par lui-même, de plein droit.

De ce que l'action en nullité est indépendante de la lésion, il suit qu'il importe peu que l'engagement contracté par le mineur lui soit avantageux, et tel qu'un majeur se serait empressé de le contracter lui-même. Là où il y a nullité, tout est dit, et il suffit qu'elle soit opposée par la partie qui a le droit de s'en prévaloir pour qu'elle doive être ordonnée, dût-elle même léser la partie qui la demande, plus que le maintien de la convention.

10. Nous arrivons à l'exposé de notre propre théorie. On nous pardonnera sans doute les développements dans lesquels nous sommes entré déjà, et ceux dans lesquels nous devons entrer à raison de l'importance doctrinale et pratique de la question.

On sait que sous l'empire du droit romain, la tutelle finissait à la puberté, dont l'âge était fixé à douze ans pour les filles, à quatorze ans pour les garçons (1). Jusqu'à cette époque, celui qui était en tutelle s'appelait proprement pupille, *pupillus*. En sortant de tutelle, il passait en curatelle jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans. C'était alors le mineur de vingt-cinq ans, *minor viginti quinque annis, adolescens*.

Le curateur était chargé de l'administration des biens du mineur, quoiqu'il fût apte lui-même à bien administrer sa fortune, *quamvis benè rem suam gerens* (2). Le mineur pourvu d'un curateur ne pouvait contracter aucun engagement sans en être assisté; autrement l'engagement était nul de droit, et n'avait aucune force obligatoire, *servari non oportet*. Quant au mineur qui n'avait pas de curateur, ses engagements étaient seulement susceptibles de restitution (3). Comme jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans, le mineur est, en effet, présumé ne pas avoir toute la maturité de jugement, et qu'il est exposé à être circonvenu et trompé, le préteur introduisit en sa faveur la restitution en entier, *in integrum restitutio*, contre les actes où il avait été lésé. Cette restitution était un bénéfice qui n'existait pas dans le droit pur; c'était un secours extraordinaire, *extraordinarium auxilium* (4), que le prêteur, mu par un sentiment d'équité, concédait au mineur afin de tempérer la rigueur du droit civil. Elle s'accordait contre tous les actes, quels qu'ils fussent, *quodcumque gestum esse dicitur, sic accipimus qualiter, qualiter*, soit contrat, soit tout autre acte, *sive contractus sit, sive quid aliud contigit* (5), achat, vente, société, prêt (6), acceptation d'hérédité (7). Il suffisait qu'il fût lésé,

(1) Voy. Instit., *Quibus mod. tut. finitur.*
(2) L. 1, § 3, *ff. De minor.*
(3) L. 3, C. *De in int. rest.*
(4) L. 16. *ff. De minor.*
(5) L. 1 et 7, *ff. De minor.*
(6) L. 7, § 1, *ff. De minor.*
(7) L. 7, § 5 et l. 24, § 2, *ff. De minor.*

et la lésion s'entendait tout aussi bien de la perte faite que du profit manqué. Telle était la jurisprudence du préteur (1). Mais cette restitution ne s'accordait qu'en connaissance de cause, *causâ cognitâ* (2), comme les autres restitutions pour dol ou crainte (3), c'est-à-dire que le juge appréciait au fond l'acte lui-même, pour vérifier s'il contenait ou non une lésion.

Les principes de la rescision ou restitution devaient même être tempérés par l'équité. Les actes faits avec les mineurs n'étaient pas d'emblée et indistinctement rescindables. Le préteur ne devait leur accorder le bénéfice de la restitution que dans le cas où ils avaient été lésés par suite de captation ou de négligence grossière. La loi le déclare elle-même (4); elle craignait qu'un excès de sévérité n'interdît aux mineurs tout commerce, toutes relations avec le reste de la société.

Quant au pupille, c'est-à-dire celui qui était en tutelle, les actes faits par lui sans autorisation régulière de son tuteur étaient nuls de droit (5). Il était protégé par le droit pur, par le droit commun, *communi auxilio et mero jure*, de telle sorte qu'il n'avait pas à invoquer, dans ce cas, le bénéfice extraordinaire de la restitution en entier, puisqu'il concourait avec un moyen de nullité de plein droit qui en rendait l'invocation inutile et superflue. Il suffisait de la pupillarité, de l'incapacité du pupille (6). Comme le mineur de vingt-cinq ans contractant sans l'assistance de son curateur, le pupille qui contractait sans l'autorisation de son tuteur faisait un acte inutile, inobligatoire; *ex stipulatione in quâ impubes sine tutore auctore spopondisti, non es obligatus* (7). Mais, ainsi que nous l'avons

(1) L. 7, § 8 et l. 44, *ff. De minor.*

(2) L. 11, § 3, l. 13; et l. 44, *ff. De minor.* — L. 3, *ff. De in int. rest.* — L. 3, C. *De in int. rest.*

(3) L. 1, et l. 3, *ff. De in int. rest.*

(4) L. 24, § 1, *ff. De minor.*

(5) L. 13, § 29, *ff. De act. empt.*

(6) L. 16, *ff. De minor.*

(7) L. 1, C. *De inut. stipul.*

déjà dit, le mineur de vingt-cinq ans, alors qu'il n'avait pas à invoquer une incapacité de droit, mais un simple défaut de maturité d'intelligence, avait le secours extraordinaire et prétorien de la restitution en entier, qui n'était autre chose qu'une action en rescision pour lésion contre toutes sortes d'engagements. De là la fameuse maxime : *Minor non restituitur tanquam minor, sed tanquam læsus;* ce n'est pas la minorité en droit, mais la lésion en fait, qui fonde l'action en restitution du mineur.

Cette maxime, absolument vraie en droit romain, en tant qu'elle s'appliquait aux mineurs de vingt-cinq ans, passa dans notre ancienne jurisprudence, mais avec un sens et une portée que primitivement elle ne pouvait avoir. Fondée sur cette distinction entre la pupillarité et la minorité, telles qu'elles étaient constituées dans le droit romain, elle ne pouvait rigoureusement trouver place dans notre ancienne jurisprudence française, qui n'admettait qu'une minorité toujours une et identique d'un bout à l'autre. Dès lors, pour être conséquente avec son principe, elle aurait dû adopter les principes du droit romain à l'égard de la pupillarité, et reconnaître avec lui que l'incapacité du mineur, constamment en tutelle jusqu'à sa majorité, était par elle-même suffisante pour entraîner la nullité de droit de ses engagements contractés sans l'autorisation de son tuteur.

Quoi qu'il en soit, comme, après tout, l'action en rescision pour lésion lui semblait suffisante pour protéger les intérêts du mineur, elle se borna à faire du défaut d'autorisation du mineur un moyen de restitution pour lésion, au lieu d'en faire le fondement d'une action en nullité pour incapacité. En un mot, elle adopta la maxime : *Minor non restituitur tanquam minor, sed tanquam læsus.* « La simple minorité, dit Rousseaud de Lacombe (1), ne suffit; il faut entrer en connaissance de la

(1) V° *Restitution*, sect. 2, n° 1.

lésion. C'est la règle générale. » « Le mineur, dit Argou (1), n'est pas restitué comme mineur seulement, il faut qu'il ait été lésé. » On peut dire qu'il n'y a pas de point mieux établi dans notre ancien droit (2).

11. Quel parti a été pris par le Code civil? A-t-il respecté les traditions de notre ancienne jurisprudence. A-t-il, au contraire, introduit des innovations? Sans donner aux discours officiels et aux discussions préparatoires une autorité souveraine, reportons-nous cependant au discours de M. Bigot de Préameneu, exposant les motifs de la loi au corps législatif : « Il résulte, disait-il, de l'incapacité du mineur non émancipé qu'il suffit qu'il éprouve une lésion pour que son action en rescision soit fondée. S'il n'était pas lésé il n'aurait pas d'intérêt à se pourvoir, et la loi lui serait même préjudiciable, si, sous prétexte d'incapacité, un contrat qui lui est avantageux pouvait être annulé. Le résultat de son incapacité est de ne pouvoir être lésé, et non de ne pouvoir contracter. *Restituitur tanquam læsus non tanquam minor.* » Et ailleurs : « Dans leur qualité de mineurs la moindre lésion suffit pour qu'ils se fassent restituer; ils n'ont pas besoin de recevoir de la loi d'autre secours. » M. Jaubert disait également : « Il est bien vrai qu'en règle générale un mineur est déclaré incapable de contracter; mais un mineur peut être capable de discernement; le lien de l'équité naturelle peut se trouver dans un contrat passé par un mineur..... S'il s'agit d'un mineur non émancipé, la simple lésion donne lieu à rescision en sa faveur. Il ne sera pas restitué comme mineur, il pourra l'être comme lésé (3). »

(1) T. 2, p. 404-405.

(2) Voy. FERRIÈRE, *Paris*, art. 239, glose 2, nº 12, et glose 3, nº 33, t. 3, p. 508 et 546. — BASNAGE, *Hyp.*, ch. 3, p. 21. — BOUCHEUL, *Poitou*, art. 315, nº 6. — VALIN, *La Rochelle*, art. 21, nº 182, t. 1, p. 608. — GUY PAPE, *Jurisprudence*, sect. 5, art. 2, p. 318. — FURGOLE, *Donat.*, ordonn. de 1731, art. 7. — POTHIER, *Oblig.*, nº 52.

(3) Voy. LOCRÉ, t. 12, p. 323, 391.

Sans aucun doute, rien ne peut être plus clair, plus formel, moins sujet à interprétation. Il est vrai que la loi est tout entière dans son texte; mais il faudrait du moins un texte bien précis pour autoriser une interprétation qui serait en opposition directe avec l'intention patente du législateur.

Nous écartons d'abord de notre discussion les actes faits par le mineur, durant cette partie de l'enfance où, étant incapable de tout discernement, il ne saurait faire aucun acte sérieux, et, conséquemment, pas plus obliger l'autre partie que s'obliger lui-même envers elle. Nous supposons donc un mineur sorti de cette période de la minorité.

L'article 1124 range, il est vrai, les mineurs au nombre des personnes incapables de contracter. Mais l'article 1125 ajoute qu'ils ne peuvent, pour cause d'incapacité, attaquer leurs engagements que dans les cas prévus par la loi. Voilà donc une restriction apportée, ou du moins annoncée au droit que l'on serait tenté, au premier abord, d'accorder aux mineurs, d'une manière générale et absolue, d'attaquer pour incapacité toutes sortes d'engagements contractés par eux. Nous avons vu, quant aux actes soumis à des formes spéciales, que le défaut d'observation de ces formes emportait nullité de droit. Mais il s'agit ici de ceux qui ne sont assujettis à d'autre forme que l'autorisation du tuteur; et nous nous demandons quelle en sera la valeur lorsque le mineur non émancipé les aura contractés seul.

Quant à la femme mariée, l'interdit, le prodigue assisté d'un conseil judiciaire, la loi s'est expliquée spécialement sur le sort des engagements qu'ils contractent sans l'autorisation ou l'assistance du mari, du tuteur, du conseil. Ils sont déclarés nuls de droit, soit à raison du respect dû à l'autorité maritale (1), soit à raison d'un défaut absolu ou d'une insuffisance de discernement (2).

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 52.
(2) Instit., § 8, *De inut. stipul.*

Mais, en ce qui concerne les engagements contractés par les mineurs sans l'autorisation tutélaire, la loi n'a nulle part posé la même sanction de nullité de droit.

En vain, les auteurs dont nous combattons la théorie argumentent-ils du texte des articles 1304, 2012, 1311 et 502 pour en induire que les actes faits par les mineurs, sans autorisation de leurs tuteurs sont nuls de plein droit. Que les articles 1304 et 2012 parlent d'action en nullité, d'obligation qui puisse être annulée; que ces articles fassent même allusion aux engagements des mineurs, qu'importe? Il nous suffit, en effet, pour détruire les inductions que l'on prétend en tirer, de faire cette double observation : d'abord ces articles appliquent l'action en nullité, l'annulation, d'une manière générale, non-seulement aux actes des mineurs, mais encore à ceux des femmes mariées, des individus en état d'interdiction ou placés sous l'assistance d'un conseil, toutes personnes à l'égard desquelles on ne peut, sans impropriété, employer d'autres termes que ceux de nullité, d'annulation d'engagements. Puis il est d'ailleurs vrai, dans tous les cas, qu'à l'égard des mineurs eux-mêmes il y a certains actes nuls de droit, notamment ceux qui sont passés sans l'observation des formalités spécialement requises, en outre de ceux qui seraient également nuls de droit de la part de majeurs; ce qui suffit pour l'explication du texte invoqué.

Si l'article 1311 parle d'engagements nuls en la forme, par opposition à ceux simplement sujets à restitution, il reste toujours à savoir quels sont ces engagements nuls en la forme. Or, nous disons que ce sont précisément ceux qui ont été contractés sans que les formes spéciales requises aient été accomplies. Le texte de la loi trouve donc encore son application.

De ce que l'article 509 assimile l'interdit au mineur pour sa personne et pour ses biens, il n'en faut point conclure que les actes du mineur soient nuls de droit comme ceux de l'interdit (502). Cette assimilation que la loi établit entre eux ne

se réfère pas à leur incapacité respective. L'article 509 prend, en effet, le soin d'expliquer lui-même en quoi elle consiste, quand il ajoute que les lois sur la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits ; ce qui veut dire simplement qu'elle sera gouvernée par les mêmes règles, en ce qui concerne son attribution de droit, sa collation judiciaire, les dispenses, les exclusions, les droits et les devoirs du tuteur, son administration quant aux biens et à la personne. Il eût même été inutile de déclarer nuls de droit les actes passés par un interdit, si déjà cette nullité existait pour les actes du mineur. L'assimilation de l'un avec l'autre, telle qu'on l'entend, était parfaitement suffisante.

Reste donc l'article 1305, dont nous devons préciser le véritable sens et montrer l'accord avec les autres dispositions du Code. N'oublions pas qu'il est destiné à établir un des cas annoncés par l'article 1125, où les mineurs peuvent attaquer les engagements qu'ils ont contractés. La première réflexion qui se présente, c'est que, en l'absence de tout article qui déclare spécialement les engagements des mineurs nuls de droit pour cause d'incapacité, l'article 1305, cependant, n'ouvre en faveur du mineur, émancipé ou non, qu'une action en rescision pour lésion. De l'incapacité, il n'en dit pas un mot. Si donc, après l'avoir combiné avec l'article 1125, on le rapproche des articles 225 et 502, on arrive à cette conviction que, à la différence des engagements des femmes mariées et des interdits, ceux des mineurs sont simplement rescindables pour lésion.

Une seconde réflexion qui vient à l'appui de la première, c'est que l'article 1305 ne s'occupe nullement des femmes mariées, des interdits. Il ne les place donc pas sur la même ligne que les mineurs, et, quand il accorde aux premiers une action en nullité, il n'accorde aux autres qu'une action en rescision. Il faut donc renoncer à toute assimilation de l'interdit et du mineur, ou bien, après les avoir assimilés, en l'absence de toute disposition formelle, sous le rapport de l'action en nullité, les assimiler de même, en dépit des termes exprès de

l'article 1305, sous le rapport de l'action en rescision pour lésion.

Mais la grande erreur du système que nous combattons réside dans une fausse interprétation de l'article 1305. Dans ce système, on est forcé de prétendre qu'il suppose un mineur contractant avec l'autorisation de son tuteur, ou un mineur émancipé contractant, en dehors de sa capacité exceptionnelle, avec l'assistance de son curateur. Car, à défaut de cette assistance ou de cette autorisation, il y aurait toujours, dans le système opposé au nôtre, action en nullité, et non en rescision pour lésion. Il nous paraît, au contraire, de toute évidence que l'article 1305 suppose un mineur, émancipé ou non, contractant seul sans autorisation du tuteur ni assistance du curateur. On ne comprend guère, en effet, comment la loi serait ainsi conçue pour sous-entendre cette assistance et cette autorisation, alors surtout que, dans toute la théorie de la tutelle, c'est le tuteur qui est toujours censé contracter au nom du pupille, et nulle part le pupille avec l'autorisation du tuteur. Lors donc que l'article 1305 parle de conventions faites par le mineur, il se place en dehors des conventions faites suivant les règles de la tutelle; il suppose enfin le mineur contractant seul.

Ce premier argument, tiré des termes généraux de notre article, se fortifie par le rapprochement de sa première et de sa seconde partie. En effet, dans cette dernière partie, en s'occupant des conventions qui excèdent la capacité du mineur émancipé, il suppose nécessairement des actes que ce mineur émancipé a faits seul, sans être assisté de son curateur; car, s'il était assisté de son curateur, on ne pourrait dire qu'il s'agit d'actes excédant sa capacité, puisque l'article 1305, ainsi que nous l'avons établi plus haut, fait entrer dans ses prévisions seulement les actes qui ne sont pas soumis à des formalités spéciales. S'il suppose ainsi des actes faits par un mineur émancipé, en dehors des bornes de sa capacité, c'est-à-dire sans l'assistance de son curateur, il doit de même supposer,

dans sa première partie, des actes faits par un mineur non émancipé, sans l'autorisation de son tuteur.

Les articles qui suivent, rapprochés de l'article 1305, complètent cette démonstration. Les articles 1307, 1308, 1309, 1310, 1311 supposent tous, en effet, que le mineur contracte seul et en son nom, sans autorisation ni assistance du tuteur. Telle est évidemment l'hypothèse de l'article 1307; car une déclaration de majorité est incompatible avec l'idée contradictoire de l'intervention d'un tuteur. Or, les diverses hypothèses prévues par ces articles ne sont que la continuation de l'hypothèse prévue par l'article 1305.

Il est si vrai enfin que cet article subordonne la rescision des engagements du mineur contractant seul à l'existence d'une lésion, que sa seconde partie exclut expressément l'action en nullité, en ce qui concerne le mineur émancipé agissant en dehors des bornes de sa capacité. Son incapacité seule ne suffit donc pas. Or, comme l'article 1305, dans la généralité de ses termes, range sur la même ligne et confond dans la même disposition le mineur non émancipé pour toutes conventions, et le mineur émancipé pour les actes qui excèdent les bornes de sa capacité, il s'ensuit nécessairement que ni l'un ni l'autre ne peuvent se faire de leur incapacité seule un moyen de nullité de plein droit, mais seulement un moyen de rescision pour lésion.

12. On a déjà pressenti sans doute une autre conséquence de notre système; c'est que les actes faits par le mineur non émancipé avec l'autorisation de son tuteur, ou par le mineur émancipé avec l'assistance de son curateur, alors que la loi n'exige aucune autre forme spéciale, sont tout aussi valables que s'ils avaient été faits par des majeurs jouissant de la plénitude de leurs droits civils. Dans la théorie de la tutelle, le tuteur représente son pupille, quand il contracte en son nom; s'il l'autorise, il habilite sa personne, comme fait le curateur quand il assiste le mineur émancipé. Le mineur n'est plus un

incapable, puisque sa personne a été régulièrement habilitée. Les actes que le tuteur a faits ou autorisés de bonne foi sont donc inattaquables; *quæ bonâ fide a tutore gesta sunt rata habentur... nec interest tutor solvendo fuerit nec ne* (1), et peu importe que le tuteur soit solvable ou ne le soit pas.

Sur quel texte, sur quelle considération pourrait-on fonder, dans ce cas, l'action en rescision pour lésion en faveur du mineur non émancipé ou émancipé? De texte, il n'y en a aucun, du moment que nous avons écarté l'application de l'article 1305. Quant aux considérations, elles peuvent sans doute aider et faciliter l'interprétation d'un texte obscur et équivoque; mais, certainement, elles ne sauraient prévaloir sur les termes de la loi, ni autoriser l'introduction d'une disposition qui n'est pas de droit commun. Quelque respectables et dignes de faveur que soient les intérêts des mineurs, la loi n'a pu leur sacrifier la sécurité des tiers, la fixité des droits acquis, la certitude de la propriété. Elle a fait assez pour eux en leur ouvrant, outre le recours en responsabilité contre leurs tuteurs, une action en rescision pour lésion contre leurs engagements. Cette double protection qu'on voudrait leur accorder d'une action en nullité pour incapacité, d'une action en rescision pour lésion, serait contraire au but de toute bonne législation. Il y a mieux, elle serait inefficace et dangereuse par son excès même. Son résultat certain et incontestable serait d'isoler les mineurs dans la société, de les écarter du commerce des contrats, par la crainte d'une action en rescision toujours imminente, et contre laquelle les tiers n'auraient d'autre garantie que d'être dupes volontaires (2).

(1) L. 12, § 1, *De adm. et per. tut.*

(2) DURANTON, t. 3, n° 692; t. 10, n[os] 280 et suiv. — PROUDHON, t. 2, p. 289 et suiv. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 430, 432, n[te] 2; 433, n[te] 6; 434, n[te] 7, 1[re] édit., et t. 4, p. 253, n[te] 4, p. 255, n[tes] 8 et 9, 4[e] édit. — MARCADÉ, art. 1305. — Toulouse, 13 fév. 1830. SIREY, 31, 2, 314. — Bastia, 26 mai 1834. SIREY, 35, 2, 27. — Cass., 18 juin 1844. SIREY, 44, 1, 497. — Rouen, 23 juillet 1858. SIREY, 59, 2, 630. — Nancy, 12 janv. 1875. SIREY, 75, 2, 52.

13. Appliquons notre théorie à quelques-uns des actes que le tuteur peut faire, ou le mineur avec l'autorisation du tuteur, ou le mineur émancipé avec l'assistance du curateur, sans autre forme spéciale. Tels sont, pour le mineur non émancipé, les baux, la réception d'un capital, le placement de fonds, les achats de meubles ou d'immeubles ; pour le mineur émancipé, l'exercice des actions immobilières, la défense à ces mêmes actions, la réception d'un capital mobilier, les achats ou autres contrats qui ne se réfèrent pas à des actes d'administration. Tous ces actes, faits avec l'autorisation du tuteur ou l'assistance du curateur, seront inattaquables, même par action en rescision pour lésion.

Si, par exemple, le tuteur a fait emploi des capitaux de son pupille en achats d'immeubles, le mineur sera forcé d'agréer cet emploi, sauf son recours en responsabilité contre le tuteur pour mauvaise gestion. A la différence de l'article 102 de l'ordonnance d'Orléans, le Code civil n'exige point, en effet, que l'emploi ne soit fait qu'après avis de parents homologué en justice. Le tuteur a ainsi toute liberté d'action (1); et sur ce point, nous ferons seulement remarquer que sa responsabilité n'est pas engagée par cela seul qu'il a fait un achat désaventageux, *non bonam conditionem elegerit,* mais qu'elle ne l'est que dans le cas où il s'est rendu coupable de négligence ou de collusion (2).

14. Jusque-là nous avons assimilé le mineur non émancipé et le mineur émancipé, en ce qui touche la validité ou la rescision de leurs engagements résultant d'actes juridiques qu'ils ne peuvent contracter qu'avec autorisation du tuteur ou l'assistance du curateur. Mais il est certains actes à l'égard desquels nous devons signaler une différence fort remarquable qui existe entre eux.

(1) Duranton, t. 3, n° 570.
(2) L. 7, § 2, *ff. De adm. et per. tut.*

D'après l'article 481, le mineur émancipé a capacité pour faire tous les actes qui ne sont que de pure administration, sans être restituable contre ces actes dans tous les cas où le majeur ne le serait pas lui-même. Mais à l'égard des engagements qu'il aurait contractés, pour l'exercice et à l'occasion de son administration (1), par voie d'achats ou autrement, ils seront réductibles simplement en cas d'excès (484). Or, il ne faut point confondre, dans son principe ni dans ses conséquences, cette action en réduction avec l'action en rescision. Chaque fois qu'il y a excès, il y a sans doute lésion, en ce sens que l'engagement est préjudiciable et désavantageux. Mais il peut y avoir lésion sans qu'il y ait excès; et, dans ce cas, le mineur émancipé n'est point restituable, d'une part, parce que l'acte n'est pas excessif, et, de l'autre, parce qu'ayant la capacité d'un majeur, la lésion n'est comptée pour rien. S'il s'agissait, au contraire, d'un mineur non émancipé, la lésion simple, l'excès même de l'engagement, qui est une lésion, *re ipsâ*, ouvrirait en sa faveur l'action en rescision.

La lésion s'apprécie en elle-même, et si les juges la reconnaissent, ils ne peuvent, sous aucun prétexte, se dispenser de prononcer la rescision. Mais lorsqu'il s'agit d'une action en réduction pour excès, les tribunaux doivent prendre en considération la fortune du mineur émancipé, la bonne ou mauvaise foi des personnes qui auront contracté avec lui, l'utilité ou l'inutilité des dépenses (484).

La rescision a pour effet de remettre les parties au même et semblable état qu'avant la convention. L'action en réduction a seulement pour objet de restreindre un engagement excessif, et de le ramener dans les sages limites que la prudence et la modération auraient dû conseiller au mineur émancipé de ne point franchir. Ce n'est pas cependant que les juges ne puissent et ne doivent même annuler pour le

(1) TROPLONG, *Vente*, n° 167. — ZACHARIÆ, t. 1, p. 265, 1re édit. et t. 1, p. 349, 4e édit.

tout, lorsque l'engagement, par sa nature, par son but et par son objet, n'est pas susceptible de réduction (1).

15. Le terme de lésion, suffisamment clair par lui-même, n'a pas besoin d'être défini. Il s'entend indifféremment du profit manqué, de la perte éprouvée, des charges assumées et même des embarras, des peines, des vexations d'un procès auquel le mineur se serait exposé (2). Comme la loi n'en a point donné de définition, les juges ont sur ce point un pouvoir très large d'appréciation.

16. Tels sont les caractères généraux de la lésion; mais quelle doit en être l'importance pour qu'elle puisse fonder l'action en rescision? La loi n'en a fixé la quotité que pour les partages, pour les ventes d'immeubles, et encore pour les majeurs seulement. Quant aux actes des mineurs, elle n'a rien déterminé. Elle parle de lésion, c'est-à-dire d'une lésion quelconque. Suffira-t-il donc d'une lésion minime, si modique qu'elle soit, comme s'en contentaient certains anciens auteurs? Faudra-t-il une lésion notable, comme la voulaient certaines coutumes, ou même le *grande damnum*, le dommage grave de la loi romaine (3)?

Nous repoussons tout extrême, et pensons que, si c'est exiger trop que de demander un dommage considérable, c'est exiger trop peu que de se contenter d'une lésion minime. Ce n'est pas, en effet, pour un modique et souvent inappréciable intérêt, que les tribunaux doivent rompre des engagements. Il est même de l'avantage des mineurs, que la lésion, si minime qu'elle soit, ne soit pas suffisante. Car l'incertitude de leurs engagements, le défaut de sécurité, l'imminence des rescisions ne tendraient à rien moins qu'à les exclure, vis-à-vis des tiers, de toute communion des relations sociales. Qui

(1) Zachariæ, t. 1, p. 265, 1re édit., et t. 1, p. 549, 4e édit.
(2) L. 44, et 6, *ff. De minor.*
(3) L. 49, *ff. De minor.*

donc voudrait contracter avec eux, s'il ne trouvait lui-même de sécurité que dans un sacrifice volontaire de sa part, et si, pour éviter une action en rescision, il devait se faire lésion à lui-même (1)?

Mais quelle sera la mesure de cette lésion notable, qui seule nous paraît suffisante pour fonder l'action en rescision? On peut, jusqu'à un certain point, par analogie, la prendre dans la loi. Le défaut de contenance de l'héritage vendu ne donne lieu à augmentation ou à diminution de prix que tout autant que la différence est d'un vingtième en plus ou en moins, eu égard à la valeur de la totalité des objets vendus (1619). Pourquoi ne pas prendre cette base du vingtième? Nous ne l'indiquons au surplus, que comme mesure d'équité rentrant dans l'esprit du Code civil, et en observant que cette règle d'appréciation est inapplicable, lorsque la lésion résulte de circonstances extérieures à l'objet même du contrat.

17. Toujours est-il, en effet, que la lésion doit s'apprécier non-seulement eu égard à l'objet de la convention, mais encore à raison des circonstances extérieures de l'engagement, de ses effets immédiats et médiats, de ses conséquences directes ou indirectes, prochaines ou même éloignées, pourvu qu'elles s'y rattachent nécessairement. Que, par exemple, un mineur ait acheté un immeuble, même à un prix avantageux; mais qu'il n'ait point disponible l'argent nécessaire pour l'acquitter; qu'il soit, en conséquence, placé sous le coup de poursuites rigoureuses, de saisies, d'expropriation : voilà autant de circonstances, non-seulement aggravantes, mais, au besoin, constitutives même de la lésion (2).

18. Il nous semble de toute évidence que la lésion doit s'apprécier relativement, eu égard à l'importance de l'acte dont

(1) DURANTON, t. 10, n° 288. — TOULLIER, t. 7, n° 577. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 436, nte 9, 1re édit., et t. 4, p. 257, nte 19, 4e édit.

(2) Dijon, 12 avril 1880. SIREY, 82, 2, 213.

la rescision est poursuivie. Dans telle circonstance il y a lésion notable, alors que dans telle autre circonstance la même lésion devrait être considérée comme minime et insuffisante. Telle serait une lésion de cent francs dans un contrat qui aurait une importance de dix mille francs ou davantage.

19. On peut dire avec vérité que le mineur est lésé toutes les fois qu'il ne retire point de son contrat un avantage qui, juridiquement apprécié, offre l'équivalent des obligations qu'il s'est imposées. Ce principe sert à résoudre la question suivante : un mineur s'oblige à payer ou paye tant pour tirer son père de prison? Pourra-t-il faire rescinder cet engagement pour cause de lésion? Les anciens auteurs (1) semblent résoudre la négative sans distinction, et considèrent comme non rescindables les obligations contractées par un mineur pour actes de piété. Nous croyons que, sous le Code civil, quelle que soit la faveur due à de pareils actes, ils sont susceptibles de rescision pour lésion, à moins qu'il ne soit établi que le mineur avait à les contracter un intérêt juridiquement appréciable. Tel serait le cas où la liberté du père devait, dans l'intérêt même du mineur et de la famille, le maintenir dans l'administration de ses affaires, dans l'exercice d'un commerce, d'une profession, d'une industrie. Ce sont autant de résultats avantageux pour le mineur lui-même, qui peuvent, suivant les circonstances, écarter toute espèce de lésion.

20. Il y a cette importante différence, entre l'action en rescision ouverte au mineur par l'article 1305, et les autres actions en rescision pour lésion, que l'autre partie ne peut échapper à ses conséquences en offrant une indemnité. Si, en matière de partage (891) et de vente (1681), le copartageant ou l'acquéreur peut éviter la rescision de l'acte en offrant un

(1) Voy. Auzanet, liv. 2, ch. 78. — Bardet, liv. 1, ch. 46. — Brodeau, sur Louet, lettre A, somm. 9, nº 9,

supplément de lot ou de prix, cette faculté, résultant de dispositions exceptionnelles, ne peut, dans le silence de la loi, être étendue à ceux qui ont fait avec les mineurs des contrats lésionnaires. Nonobstant toutes offres d'indemnité de leur part, l'action en rescision doit être poussée rigoureusement à bout, si le demandeur y persiste.

Article 1306.

Le mineur n'est pas restituable pour cause de lésion, lorsqu'elle ne résulte que d'un événement casuel et imprévu.

Sommaire.

1. La lésion est indépendante des événements casuels et imprévus.
2. Cas de force majeure.
3. Faits de tiers étrangers.
4. Détériorations, dissipations commises par le mineur.
5. L'autre partie ne peut non plus se prévaloir d'événements casuels et imprévus.
6. La perte totale ou partielle n'empêche pas l'action en rescision.
7. Des contrats aléatoires. Ils peuvent être lésionnaires.
8. Il suffit qu'ils ne le soient pas au moment de leur formation.

COMMENTAIRE.

1. Comme l'action en rescision est essentiellement fondée sur l'existence d'une lésion notable, il faut, ainsi que nous l'avons dit, que cette lésion se rencontre, soit dans l'objet même du contrat, soit dans ses effets naturels, soit dans ses conséquences directes ou indirectes, prochaines ou éloignées, pourvu que, dans tous les cas, elles se rattachent à l'acte comme en étant une suite prévue et nécessaire. Son existence doit ainsi s'apprécier, indépendamment des événements ultérieurs que le contrat n'a ni préparés ni provoqués. Aussi, l'article 1306 dit-il que le mineur n'est pas restituable pour cause de lésion, lorsqu'elle ne résulte que d'un événement casuel

et imprévu. Dans ce cas, en effet, la lésion n'est pas imputable au contrat, mais à des événements de la prestation desquels nul n'est tenu (1).

2. On a besoin de s'entendre sur ce que la loi signifie par événement casuel et imprévu. Qu'un mineur non émancipé, sans l'autorisation de son tuteur, ou un mineur émancipé, sans l'assistance de son curateur, achète une maison que le feu du ciel vient à dévorer. L'achat a eu lieu à prix équitable et modéré. Pas de lésion dans le contrat, pas de restitution. L'incendie de la maison est un cas fortuit et de force majeure, dont le mineur doit subir les conséquences, quelque dommageables qu'elles soient. Il est bien vrai que, s'il n'avait pas acheté, il n'aurait pas éprouvé ce préjudice; mais la vente n'en est que l'occasion, et l'incendie est bien, dans toute la force légale des expressions, un événement casuel et imprévu. Il est inutile de multiplier les exemples; chacun peut en imaginer à l'infini.

3. Il est également sensible que le mineur n'est pas restituable, si la lésion dont il se plaint provient uniquement du fait de tiers étrangers, par exemple, de dégradations par eux commises sur l'objet du contrat, postérieurement à la convention. C'est là encore un événement casuel et imprévu. Nous devons même remarquer que le mineur aura contre les auteurs du dommage, une action en réparation civile qui peut lui assurer une complète indemnité.

Si l'auteur du fait dommageable, postérieur à la convention, était précisément la personne qui a contracté avec le mineur, cette circonstance n'aurait elle-même aucune influence sur l'action en rescision. Le mineur n'aurait également, dans ce cas, qu'à exercer une action en dommages et intérêts. Cependant, si le fait de l'autre partie constituait une inexécution de

(1) Argou, *Instit.*, t. 2, p. 404 et 405.

ses engagements, il pourrait poursuivre contre elle, conformément à l'article 1184, la résolution de la convention.

4. Quant aux dégradations, détériorations, dissipations que le mineur aurait personnellement commises en minorité, nous ne pensons pas qu'on doive les considérer, par rapport à l'autre partie, comme événements casuels et imprévus. Ainsi, un mineur achète un immeuble qu'il dégrade par suite d'actes de mauvaise administration; il achète des objets mobiliers qu'il dissipe; il vend des meubles dont il consomme le prix en de folles ou stériles dépenses. Bien que la lésion ne résulte pas de l'acte lui-même, et qu'elle n'en soit qu'une conséquence plus ou moins directe, plus ou moins prochaine, cependant, comme cette lésion se rattache aux engagements contractés par le mineur, qu'elle en est une suite que l'autre partie pouvait prévoir, et à laquelle elle devait s'attendre, sans efforts extraordinaires de prévision, elle nous semble ne pas avoir les caractères d'un événement casuel et imprévu. Le mineur sera donc restituable pour une lésion de cette nature (1).

5. Si le mineur ne peut profiter des événements ultérieurs pour fonder une action en rescision, l'autre partie ne peut non plus s'en prévaloir pour la repousser. Il y a pour le prix vénal de certaines choses des fluctuations de hausse et de baisse. Un mineur a acheté fort cher un immeuble, eu égard à la dépréciation actuelle de la propriété foncière. Les prix se relèvent, et au moment où il exerce son action en rescision, l'immeuble par lui acquis vaut le prix qu'il a coûté ou même davantage. La lésion n'en existe pas moins, parce que l'acquisition a eu lieu, dans son temps, moyennant un prix exagéré. Il n'a pas dépendu, en effet, du contrat que la lésion ne fût permanente; l'action en rescision sera donc fondée.

Vice versâ, elle ne le serait pas si la lésion ne provenait que d'une dépréciation ultérieure. Ce serait un simple accident, qui ne peut se rattacher au contrat.

(1) Zachariæ, t. 2, p. 435, 1re édit., et t. 4, p. 257, nte 11, 4e édit.

6. De ce que les événements casuels et imprévus ne doivent point rétroagir sur la validité de la convention, il suit que la perte totale ou partielle de son objet, sans aucune faute dont le mineur soit responsable, n'empêche pas celui-ci d'exercer l'action en rescision, si la lésion existe réellement.

7. Il est certains contrats qui, par leur nature même, rendent plus difficile la preuve de la lésion : ce sont les contrats aléatoires. Comme ils présentent des éventualités de perte et de gain, on est disposé à mettre la lésion sur le compte de l'événement qui fait les risques du contrat. Nulle part, cependant, la loi n'a excepté les contrats aléatoires de ceux contre lesquels le mineur est admis à se faire restituer pour cause de lésion. L'article 1305 les comprend, en ne les exceptant pas, sous ces expressions générales, toutes sortes de conventions. La question est donc résolue en droit. Or, en fait, un contrat, tout aléatoire qu'il puisse être, peut néanmoins présenter une lésion réelle et appréciable. Dans ces sortes de contrats on pèse les risques de part et d'autre, et ces risques peuvent très bien ne pas être dans un juste équilibre ; de telle sorte que l'événement, alors qu'il se réalise, ne doit servir qu'à préciser la lésion, jusque-là incertaine dans sa quotité, mais néanmoins infaillible dans sa réalité. Que l'on suppose, par exemple, un mineur donnant des biens mobiliers en rente viagère, au taux de trois, quatre, et même cinq pour cent. Quoi qu'il arrive, il sera toujours en perte.

Supposons que ce soit le mineur qui prenne à rente viagère ; le contrat peut être immédiatement rescindé pour lésion. On peut dire avec raison qu'il y a une sorte de taux courant pour les rentes viagères, suivant les âges, les conditions des personnes. Nous avons des compagnies d'assurances qui ne procèdent pas autrement, et basent le taux de leurs opérations sur les statistiques de mortalité. Ce n'est pas que l'observation et l'expérience en soient venues jusqu'à la prescience des événements. Mais il est certain qu'elles ont dérobé au hasard

une partie de ses mystères, en établissant des bases de probabilités.

Qu'un mineur prenne donc à rente viagère, au rebours des indications fondées sur l'expérience; qu'il paye un taux jugé exorbitant d'après les risques encourus, autant qu'on peut raisonnablement les apprécier; il aura fait, dans ce cas, un contrat rescindable pour cause de lésion, malgré son caractère aléatoire. La lésion il est vrai, est encore incertaine; l'événement peut démentir les probabilités. Néanmoins, en prenant les risques tels qu'ils sont établis sur les prévisions de l'expérience, seule base possible d'appréciation, on voit que le mineur a le plus de chances contre lui, et qu'en ce sens il est lésé.

En résumé, le mineur peut être lésé dans un contrat aléatoire comme dans tout autre. En conséquence, il peut d'ores et déjà et sans attendre l'événement, se pourvoir en rescision pour cause de lésion, laquelle existe toutes les fois que les plus grands risques de perte penchent de son côté, soit parce qu'elles ne sont pas proportionnées à ses chances de bénéfice, soit parce qu'il paye au delà du prix courant des éventualités, de l'*alea*.

8. Malgré les apparences d'une pondération exacte de risques et de périls, même d'une pondération toute favorable au mineur, un contrat aléatoire peut, en définitive, lui causer une énorme lésion. C'est un mineur qui, avant la loi du 26 avril 1855 sur le remplacement militaire, s'est fait assurer, au prix courant des assurances, contre les chances du recrutement, ou qui prend à rente viagère les biens d'un octogénaire, au-dessous même du taux habituel. Le contrat n'offre nulle apparence de lésion. Cependant le mineur sera lésé s'il ne tombe pas au sort, si l'octogénaire survit dix ou quinze ans; car il se trouve avoir payé un prix d'assurance en pure perte, et servi une rente viagère à un taux exorbitant. Cependant, comme la faveur du sort et la survie du rentier sont des événements casuels;

comme ils ont fait précisément l'objet des prévisions essentielles du contrat, il n'y aura pas lieu à rescision. Équitable et juste dans son principe, la convention ne doit point subir l'influence des événements ultérieurs qui n'ont fait que vérifier les risques (1).

Nous reviendrons sur ces questions dans notre commentaire de l'article 1312, en ce qui concerne les effets juridiques de la nullité ou de la rescision.

Article 1307.

La simple déclaration de majorité, faite par le mineur, ne fait point obstacle à sa restitution.

Sommaire.

1. Simple déclaration de majorité n'empêche l'action en rescision.
2. Suite.
3. *Quid*, s'il y a dol de la part du mineur ?
4. Application de l'article 1307 aux autres incapables.

COMMENTAIRE.

1. Il s'est rencontré dans tous les temps des personnes qui, en contractant avec un mineur, ont réussi à lui arracher une déclaration de majorité, afin d'éluder la loi et d'échapper à l'action en rescision. D'un autre côté, il s'est également rencontré des mineurs qui, dans l'intérêt de leur crédit, et pour offrir plus de sécurité à leur adversaire, lui ont spontanément et mensongèrement donné une déclaration de majorité.

Sous le droit romain, cette déclaration, surprise et captée, ne profitait pas au créancier du mineur; mensongère et fallacieuse, elle privait le mineur du bénéfice de la restitution, attendu que la loi vient au secours du mineur trompé, et non du mineur trompeur; *cum juxta statuta errantibus non etiam*

(1) Cass., 18 juin 1844. Sirey, 44, 1, 497.

fallentibus minoribus jura publica subveniant (1). C'est qu'alors la malice supplée l'âge, *cum malitia suppleat ætatem* (2). Mais si le mineur a été abusé ou circonvenu par son adversaire, il jouira du bénéfice de restitution; *quod si per injuriam vel circumventionem adversarii hoc fuerit factum, durabit beneficium* (3).

Notre ancienne jurisprudence s'écarta des principes du droit romain, et divers arrêts du parlement de Paris défendirent aux notaires de ne plus insérer dans les contrats et obligations pour prêts, les déclarations de majorité et extraits baptistaires; et à toutes personnes de prêter aux fils de famille, sur simple déclaration de majorité et sur le vu d'extraits baptistaires, à peine de nullité des promesses (4).

2. Le Code s'est à la fois écarté des principes du droit romain et des traditions de notre ancienne jurisprudence. La simple déclaration de majorité, faite par le mineur, ne fait point obstacle à la restitution. Telle est la disposition de l'article 1307, disposition générale, applicable à toutes sortes d'actes, soit que le contrat porte que tel est majeur, ou qu'il s'est déclaré majeur. Ce qui établit, en effet, la capacité, ce n'est pas une déclaration, c'est le fait; ce n'est pas l'apparence ou le mensonge, c'est la réalité. Une déclaration de majorité, inutile quand elle tend à constater un fait vrai, devient au contraire, quand elle énonce un fait faux, une circonstance en quelque sorte aggravante de l'incapacité, parce qu'elle établit la preuve que les parties n'ont eu d'autre intention que de tromper un doute ou d'éluder une vérité.

Lors donc que l'on contracte avec une personne suspecte de minorité, il ne suffit pas de la constituer en délit de men-

(1) L. 2, C. *Si min. se maj. dixe.*
(2) L. 3, *ibid.*
(3) L. 3, *ibid.*
(4) Arrêts des 6 mars 1620, 26 avril 1629, 6 fév. 1691, 18 fév. 1716. — LOUET, *Lettre M*, somm. 7, nos 4 et suiv. — ARGOU, t. 1, p. 119.

songe, en obtenant d'elle spontanément ou en lui arrachant une déclaration de majorité. Il faut s'informer de son état autrement que par de semblables déclarations qui, volontaires et spontanées, ne détruisent pas le fait; qui, surprises et captées, l'aggravent. Car la loi ne les considère jamais que comme une faiblesse du mineur, ou comme une captation de son adversaire, toutes choses qui n'empêchent pas l'action en rescision.

3. L'article 1307 parle d'une simple déclaration. Il entend par là une déclaration qui n'est entourée d'aucune circonstance constitutive de manœuvres dolosives et frauduleuses. Si, en effet, le mineur, pour tromper l'autre partie, avait commis un véritable dol, il serait alors déchu du bénéfice de la restitution. Le vice d'incapacité n'en existe pas moins dans son engagement; mais comme il est responsable de son dol personnel (1310); qu'il doit, pour cette cause, des dommages et intérêts à l'autre partie, et que cette dernière trouve la réparation la plus simple et le dédommagement le plus naturel dans le maintien du contrat, il ne peut être donné suite à l'action en rescision. Tenu de garantir de son dol, le mineur ne peut se prévaloir de son incapacité, et si le contrat est maintenu, c'est plutôt à titre de dommages et intérêts qu'à titre de convention parfaitement valable (1).

Quant aux circonstances qui peuvent constituer le dol, il faut se reporter à l'article 1116. Elles doivent être telles que sans elles l'autre partie n'aurait point contracté. La production d'un faux acte de naissance, des attestations mensongères peuvent être suffisantes pour constituer le dol. Mais l'appréciation en est abandonnée aux tribunaux et subordonnée aux circonstances. Ainsi, les manœuvres pratiquées pour faire croire faussement à un état de majorité devront nécessaire-

(1) Toullier, t. 7, nos 589 et 590. — Duranton, t. 12, n° 289. — Zachariæ, t. 2, p. 436, 1re édit., et t. 4, p. 258, 4e édit.

ment perdre de leur gravité et de leur influence, quand les apparences physiques du mineur auront elles-mêmes témoigné du contraire, quand l'autre partie se sera associée aux démarches du mineur, ou prouvé, par l'emploi de précautions extraordinaires, ou sa complicité dans la fraude, ou son doute sur le fait de la majorité, toutes circonstances exclusives de la bonne foi.

4. Ce que nous venons de dire du mineur se déclarant majeur en contractant, il faut l'appliquer à tous les incapables, à la femme mariée se déclarant fille (1), au prodigue, à l'interdit se déclarant maîtres de leurs droits. Les principes et les raisons de décider sont à leur égard exactement les mêmes.

Article 1308.

Le mineur commerçant, banquier, ou artisan n'est point restituable contre les engagements qu'il a pris à raison de son commerce ou de son art.

Sommaire.

1. Exception à l'égard des mineurs commerçants.
2. Sont seuls commerçants les mineurs autorisés à faire le commerce.
3. Des artisans.
4. Différence entre eux et les commerçants. *Quid*, si dans l'exercice de leur art il y a un élément commercial?
5. L'article 1308 ne s'applique pas aux arts libéraux.
6. Le fait doit être relatif au commerce ou à l'art. Conséquences, contrat d'apprentissage.
7. Capacité d'ester en justice.

COMMENTAIRE.

1. La prospérité du commerce repose sur la confiance et le crédit. En admettant les mineurs à exercer le commerce, la

(1) Pothier, *De la puissance maritale*, nos 52, et 53. — Toullier, t. 2, no 622. — Voy. encore Paris, 6 nov. 1866. Sirey, 67, 2, 294.

loi a donc dû leur attribuer, dans son exercice, toute la capacité des majeurs. Aussi, le mineur commerçant, banquier, n'est-il point restituable contre les engagements qu'il a pris à raison de son commerce (1308). L'ordonnance du mois de mars 1673, titre 1, article 6, portait également que tous négociants et marchands en gros ou en détail, comme aussi les banquiers seront réputés majeurs pour le fait de leur commerce et banque, sans qu'ils puissent être restitués sous prétexte de minorité.

2. Il faut remarquer que le mineur commerçant dont s'occupe l'article 1308 n'est pas celui qui, de fait simplement, exerce le commerce. La loi suppose qu'il est autorisé légalement à l'exercer, et que toutes les formalités exigées par le Code de commerce ont été remplies (1). C'est ce qui résulte évidemment des termes mêmes de l'article 2 du Code de commerce, ainsi conçu : « Tout mineur émancipé, de l'un ou de l'autre sexe, âgé de dix-huit ans accomplis, qui voudra profiter de la faculté que lui accorde l'article 487 du Code civil, de faire le commerce, ne pourra en commencer les opérations, ni être réputé majeur quant aux engagements par lui contractés pour faits de commerce, 1° s'il n'a été préalablement autorisé par son père ou par sa mère, au cas de décès, interdiction ou absence du père, ou, à défaut du père et de la mère, par une délibération du conseil de famille, homologuée par le tribunal civil; 2° si, en outre, l'acte d'autorisation n'a été enregistré et affiché au tribunal de commerce du lieu où le mineur veut établir son domicile. » Et la disposition de cet article est applicable aux mineurs même non commerçants, à l'égard de tous les faits qui sont déclarés faits de commerce par les articles 632 et 633 (3, C. de comm.).

3. La loi place les artisans sur la même ligne que les com-

(1) Merlin, Rép., v° *Mineur*, § 9, n° 7. — Zachariæ, t. 2, p. 436, n^te^ 15, 1re édit., et t. 4, p. 258, n^te^ 19, 4e édit.

merçants et les banquiers. Les artisans mineurs sont réputés majeurs pour faits de leur art. Les relations sociales pour les choses les plus simples et de tous les jours, seraient, en effet, constamment troublées et même impossibles, si un artisan pouvait, sous prétexte de lésion, demander par exemple, son salaire à dire d'experts. D'ailleurs, par cela même qu'il est apte à exercer un art, un métier, une profession, il est réputé avoir, quant à leur exercice, tout le discernement d'un majeur, quel que soit son âge.

Ce mot artisan, dont se sert l'article 1308, a une acception fort large. Littéralement, il signifie celui qui exerce un art, une industrie, un métier, une profession quelconque. Il présente, du reste, par lui-même un sens suffisamment clair.

4. A la différence du mineur qui, pour exercer le commerce avec toute la capacité d'un majeur, a besoin d'être âgé de dix-huit ans, émancipé, autorisé conformément à l'article 2, C. de comm., le mineur artisan n'a à remplir aucune condition d'âge ni d'autorisation. Il suffit du simple fait de l'exercice d'un art, d'une profession, d'une industrie.

Il importe même peu qu'il s'agisse d'un louage de travail, ou de la vente d'un objet fabriqué d'avance, soit sur la commande de l'acheteur, soit à prix postérieurement débattu.

Nous devons observer ici que souvent il se mêle à l'exercice d'un art un élément commercial. Par exemple, c'est un tailleur qui, outre sa main-d'œuvre, fait diverses fournitures. En ce point, il est véritablement marchand et doit conséquemment remplir, pour être réputé majeur à raison de son commerce, les conditions prescrites par l'article 2, C. de comm. Mais, quant à la prestation de sa main-d'œuvre, il demeure artisan, et comme tel réputé majeur.

Toutefois, si la main-d'œuvre était l'élément principal, bien que l'artisan eût fait en outre diverses fournitures, il ne faudrait pas le considérer comme marchand, mais comme artisan pur et simple. Le principal emporte ici l'accessoire.

5. En prenant le mot artisan dans son acception propre et usuelle, on ne saurait l'appliquer à ceux qui exercent des professions nobles, des arts libéraux, auxquels la société attache des idées de distinction et de grandeur. Toutes les fois qu'il s'agit d'œuvres réellement artistiques et littéraires, de travaux et de services qui ne sont pas ceux d'un artisan, les priviléges de la minorité sont maintenus. Ainsi l'article 1308 ne serait pas applicable à Voltaire vendant à un éditeur le manuscrit d'*Œdipe* ou de *la Henriade;* ce qui peut paraître d'une rigueur étrange.

6. Notre article veut que l'engagement du mineur soit relatif précisément à son commerce ou à son art. Si donc il s'engage pour autre chose que son commerce; s'il donne, par exemple, pour autrui un cautionnement qui ne s'y rattache point, il pourra se faire restituer (1).

Ne serait pas de même acte de profession, l'engagement que prendrait le mineur envers celui chez lequel il se met en apprentissage. Il exerce si peu une profession, qu'il s'agit pour lui d'en acquérir une. Il pourrait donc se faire restituer contre un semblable engagement, les lois relatives au contrat d'apprentissage ne contenant sur ce point aucune dérogation au Code civil (2).

7. Le mineur régulièrement autorisé étant réputé majeur pour les faits relatifs à son commerce (487, C. civ., et 2, C. comm.), il en résulte qu'il a pleine capacité, comme s'il était majeur, pour ester en justice, soit en demandant, soit en défendant, dans toutes les actions auxquelles peut donner ouverture l'exercice de son commerce. Il les exerce ou y défend en personne, sans l'assistance de son curateur.

Mais il en est autrement de l'artisan. L'article 1308 dispose seulement qu'il n'est pas restituable contre les engagements

(1) Basnage, *Hyp.*, p. 2, ch. 2.
(2) Voy. lois des 22 germinal an II (12 avril 1803), et 22 fév. 1851.

qu'il a pris à raison de son art. Il n'est assimilé au majeur qu'en ce point unique, qu'il n'est pas admis à invoquer une prétendue lésion pour se faire restituer contre ses engagements. Mais il ne s'ensuit pas que dans le cas où les engagements qu'il a contractés, à raison de son art, donnant ouverture, pour ou contre lui, à une action judiciaire, il ait capacité pour ester en justice soit en demandant soit en défendant. Il reste, quant à l'exercice de ces actions, soumis aux règles ordinaires du droit commun; c'est-à-dire qu'elles devront être formées par ou contre son tuteur, de sorte que la partie défenderesse peut exciper de son incapacité personnelle pour refuser de l'admettre comme légitime contradicteur, et qu'il peut lui-même, s'il est défendeur, s'en prévaloir pour se faire renvoyer de l'action, sans que le juge qui en est saisi puisse l'habiliter, en dehors de l'intervention nécessaire du tuteur légal ou datif (1).

Article 1309.

Le mineur n'est point restituable contre les conventions portées en son contrat de mariage, lorsqu'elles ont été faites avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage.

Sommaire.

1. Exception relative au contrat de mariage.
2. Distinction entre les clauses du contrat.
3. Exception de l'article 2140 à l'article 1309.
4. Quant au mariage, il n'y a que l'action en nullité.
5. Comment se couvre la nullité du contrat de mariage, dans le cas où le mariage est nul et où la nullité en est couverte.
6. Si, durant le mariage, la nullité du contrat est susceptible de confirmation ou de prescription.

(1) Cass., 25 juin 1884, encore inédit.

COMMENTAIRE.

1. « Le mineur habile à contracter mariage, dit l'article 1398 est habile à contracter toutes les conventions dont le contrat est susceptible; et les conventions et donations qu'il y a faites sont valables, pourvu qu'il ait été assisté dans le contrat des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage. » Et, dans ce cas, porte l'article 1309, il n'est pas restituable contre les conventions portées en son contrat de mariage. Ces dispositions ne sont que l'application de la maxime, *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia.*

La faveur du mariage commandait cette exception, que la solennité du contrat justifie. Convention faite entre deux familles, le contrat de mariage ne pouvait, sans les plus graves inconvénients, être soumis à l'action en rescision. Aussi, le mineur dûment assisté a-t-il pour le consentir toute la capacité d'un majeur.

2. Mais la lettre et l'esprit des articles 1309 et 1398 indiquent qu'ils ne doivent être appliqués qu'aux conventions matrimoniales proprement dites, qui sont de la nature et de l'essence du contrat de mariage. Quant aux autres clauses et conventions qui peuvent s'en détacher et constituer valablement un contrat distinct et indépendant, le privilége de l'exception ne s'étend pas jusqu'à elles, pas plus que la faveur ne leur en est due (1).

Ainsi, la future mineure ne pourrait, dans le contrat de mariage, donner valablement à son futur un immeuble en payement de ce qu'elle lui doit. C'est là une vente qui ne fait pas nécessairement partie des conventions matrimoniales.

(1) Grenoble, 5 août 1859. Sirey, 61, 2, 21, en note. — Limoges, 29 janvier 1862. Sirey, 62, 2, 382. — Riom, 11 juillet 1864. Sirey, 64, 2, 161. — Cass., 10 déc. 1867. Sirey, 68, 1, 121. — 23 février 1869. Sirey, 69, 1, 193. — 11 déc. 1882. Sirey, 83, 1, 411.

Elle pourrait cependant conférer à son futur, mandat pour poursuivre le partage définitif d'une succession dont elle est cohéritière (1). Mais ces questions rentrent particulièrement dans le commentaire de l'article 1398.

3. Par exception aux principes posés par les articles 1398 et 1309, l'article 2140 ne permet pas à la future mineure de consentir dans son contrat de mariage la réduction de son hypothèque légale. Il ne le permet qu'aux parties majeures, puisqu'il ne désigne qu'elles. Ainsi, la future mineure, même assistée de toutes les personnes dont le consentement est nécessaire à la validité du mariage, ne peut par son contrat valablement restreindre l'étendue indéfinie de son hypothèque légale (2). Et, sous ce rapport, le législateur a peut-être conçu des alarmes mal fondées, surtout quand on considère que par l'article 2141 il a donné au conseil de famille le droit de faire pour le tuteur qu'il impose au pupille, ce que l'article 2140 ne permet pas au parents de la future de faire pour l'époux qu'ils ont tous choisi.

4. Il est sans doute inutile de faire remarquer que quant à l'acte de mariage lui-même le mineur qui l'a contracté ne peut exercer aucune action en rescision, et qu'il n'a d'autre moyen de se pourvoir que la voie de nullité, conformément aux articles 180 et suivants.

5. Mais cette distinction entre l'acte et le contrat de mariage fait naître plusieurs questions importantes que nous devons examiner.

Supposons un mineur qui se marie avant l'âge légal. Plus tard, la nullité du mariage est couverte par l'une des circons-

(1) Cass., 12 janv. 1847. Sirey, 47, 1, 241. — *Contrà*, Bordeaux, 25 janv. 1825. Sirey, 26, 2, 246.

(2) Grenier, *Hyp.*, t. 1, n° 269. — Duranton, t. 20, n° 56. — Merlin, Rép., v° *Inscription*, § 3, n° 18. — Troplong, *Hyp.*, n° 637 *bis*. — Caen, 15 juill. 1836. Sirey, 37, 2, 229.

tances indiquées par la loi (185). La nullité du contrat de mariage se trouvera également couverte, pourvu qu'il ait été fait d'ailleurs avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement était requis pour la validité du mariage (1). L'époux réputé dès lors habile au mariage, l'est aussi pour les conventions matrimoniales.

S'il n'a pas été assisté des personnes dont le consentement était exigé, et que la nullité du mariage résultant de ce défaut de consentement soit plus tard couverte (183), celle du pacte matrimonial le sera aussi, bien entendu pourvu qu'il ait été rédigé sous l'assistance et le consentement de ceux dont le consentement était nécessaire pour la validité du mariage. Ici nous supposons un mineur ayant atteint l'âge légal lorsqu'il s'est marié, et un contrat de mariage qui n'est soumis à une action en nullité que parce que le mariage est lui-même atteint de nullité. Or, lorsque cette nullité est couverte d'une manière quelconque, l'époux étant réputé rétroactivement habile au mariage, la nullité du contrat de mariage est par cela même effacée.

Mais la nullité du mariage serait vainement couverte, si le contrat de mariage, qui se distingue de l'acte civil et religieux, avait été passé sans l'assitance de ceux dont le consentement est exigé par la loi. Le pacte matrimonial resterait toujours soumis à l'action en nullité ou en rescision (2).

Nous distinguons ainsi entre l'acte de mariage et le contrat de mariage; car ces actes, bien que celui-ci ne puisse exister sans l'autre, et que, sous ce rapport, ils soient nécessairement liés ensemble, appartiennent à un ordre différent d'idées et d'intérêts, et demeurent soumis chacun à ses règles parti-

(1) Voy. Lebrun, liv. 1, ch. 4, n° 36. — Troplong, *Contrat de mariage*, n°s 96 et 97. — *Contrà*, Duranton, t. 14, n° 9. — Odier, t. 2, n° 605.

(2) Duranton, t. 14, n°s 10 et 11. — Odier, t. 2, n° 610. — Cass., 13 juillet 1857. Sirey, 57, 1, 801. — *Contrà*, Troplong, n° 98. — Voy. encore Rodière et Pont, t. 1, n°s 38, 162, et Marcadé, art. 1398, n° 2.

culières. Il s'ensuit que dans le cas même où la nullité de l'acte de mariage et la nullité du contrat de mariage sont fondées sur la même cause ou sur une cause semblable, elles ne sont point également couvertes par les mêmes fins de non recevoir qui sont exceptionnellement établies contre l'action en nullité du mariage. Les conventions matrimoniales peuvent alors être elles-mêmes attaquées de rescision et de nullité, à raison des vices particuliers dont elles sont infectées; et si leur maintien doit être solidarisé avec l'existence du mariage, ce n'est que dans le cas où étant régulièrement faites en elles-mêmes, leur nullité n'était que la conséquence de la nullité du mariage, laquelle a été, plus tard, couverte et réparée d'une manière quelconque. S'il en était autrement, s'il suffisait pour couvrir les vices du pacte conjugal sous le rapport de la minorité des parties, qu'il intervînt ensuite un mariage régulier ou légalement confirmé, les articles 1309 et 1398 resteraient sans sanction comme sans application possible, n'y ayant jamais de contrat de mariage que si un mariage existe, tandis qu'il peut très bien y avoir un mariage sans contrat; en un mot, il n'y aurait, en aucun cas, de contrat de mariage sans mariage, et par suite, sans réparation de ses vices.

6. Comme dans les cas ordinaires, cette nullité est toute relative et ne concerne que l'époux mineur (1).

Durant le mariage, elle n'est susceptible ni de ratification, ni de confirmation, à moins qu'elle ne soit la conséquence de la nullité même du mariage. De pareils actes, s'ils étaient valables, tendraient à altérer l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Aussi, ne peuvent-ils intervenir utilement qu'après la dissolution du mariage, époque à laquelle seulement commencera la prescription de l'action en nullité (2).

(1) Article 1125, n° 6.

(2) LEBRUN, liv. 1, ch. 5, dist. 2, nos 27 et suiv. — TROPLONG, nos 285 et suiv. — ZACHARIÆ, t. 3, p. 395, 1re édit., et t. 5, p. 245, 4e édit. — Voy. art. 1338, n° 22.

Article 1310.

Il n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit.

Sommaire.

1. Le mineur n'est pas restituable contre son délit ou quasi-délit.
2. Pourquoi.
3. Des délits et quasi-délits commis à l'occasion d'un contrat.
4. Dans ce cas, le créancier a l'action *ex delicto* ou *ex contractu*.
5. Le mineur ne doit rien, si, usant de ses droits, il a pu causer le même dommage.
6. Il est restituable contre la transaction faite sur son délit ou quasi-délit,
7. Et contre son aveu.
8. Des interdits et femmes mariées.
9. Les incapables peuvent être poursuivis par la partie civile, devant les tribunaux criminels, sans qu'ils soient assistés ou représentés.

COMMENTAIRE.

1. Ce serait un singulier privilége accordé à la minorité, que le droit de mal faire et de nuire impunément. La loi pénale peut réserver au mineur l'indulgence que mérite son âge (voy. 66 et suiv., C. p.); mais la loi civile, lorsqu'il a agi avec une raison et un discernement suffisants, ne l'en rend pas moins responsable du dommage qu'il a causé. Il n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit (1310). C'est, en effet, un principe de haute moralité et de souveraine justice, que tout dommage soit réparé par son auteur, quel qu'il soit. La loi romaine l'avait elle-même appliqué aux mineurs; en matière de délits, les mineurs ne sont pas restituables, *et placet in delictis minoribus non subveniri* (1). Peu importe que leur délit ou quasi-délit leur ait été

(1) L. 9, § 2, *ff. De minor.*

profitable ou non. Car ce n'est pas à titre de restitution, mais à titre de réparation, qu'ils sont tenus.

2. L'on conçoit très bien que les délits ou quasi-délits commis par le mineur, en dehors de tout contrat, tels que le vol, les voies de fait, les attentats à la propriété, soient par lui civilement réparés, comme ils doivent l'être par un majeur. C'est une obligation nécessaire qui lui est imposée par la loi et l'équité, et qu'il a assumée par son fait, sans qu'on puisse reprocher à l'autre partie, en l'absence de tout accord conventionnel, d'avoir choisi elle-même pour son obligé une personne incapable. Elle le subit et ne le choisit pas. Peu importe même que le mineur soit pris comme auteur du délit ou quasi-délit, ou comme civilement responsable, d'après l'article 1384.

3. Mais l'article 1310 ne prévoit pas seulement les délits ou quasi-délits qui ne supposent aucun contrat à l'occasion duquel ils aient été commis. Il rend aussi le mineur garant et responsable du dol et de la violence qu'il aurait pratiqués envers un tiers pour l'induire ou le forcer à contracter.

On ne saurait, toutefois, considérer comme constituant un délit ou un quasi-délit de nature à neutraliser son action en rescision, en l'obligeant à réparer le dommage causé, la simple allégation de sa part d'une cause fausse servant de prétexte à l'engagement qu'il aurait consenti, alors surtout que cette allégation a eu lieu sans aucune intention de tromper ou de frauder les tiers. Il ne cesse pas d'être recevable à se pourvoir en rescision. Autrement, ce serait lui enlever le bénéfice de la protection que la loi a entendu lui assurer, lorsqu'elle a pris soin elle-même de le garantir contre les conséquences de son imprévoyance et de son erreur (1).

Par la généralité de ses expressions, l'article 1310 comprend encore les délits et quasi-délits qui se commettent même

(1) Cass., 19 fév. 1856. Sirey, 56, 1, 301.

à l'occasion d'un contrat préexistant; par exemple, un dépôt, un commodat ou toute autre convention, *in re commodatâ vel depositâ, vel alias in contractu* (1). L'abus de la chose prêtée, la violation du dépôt (2), l'abus de confiance, la délivrance frauduleuse d'une chose infectée de vices rédhibitoires, tous ces faits constituent des délits ou quasi-délits dont la loi civile exige la réparation de la part du mineur délinquant.

Bien qu'ils aient été commis à l'occasion d'un contrat, il n'en est pas moins vrai qu'ils ont produit des obligations nécessaires, pour lesquelles il n'y a pas eu d'accord conventionnel, puisqu'elles sont en dehors des prévisisons et des termes du contrat. Ils sont immédiatement et par eux-mêmes la cause d'un dommage qui doit être réparé.

4. Dans le cas où le délit commis par un mineur l'a été à l'occasion d'une convention préexistante, par exemple, d'un dépôt, d'un louage, d'un mandat (408, C. p.), le créancier a ainsi, à son choix, une double action, soit l'action *ex contractu*, d'après le contrat, soit l'action *ex delicto*, à raison du délit, pourvu que, dans ce dernier cas, le mineur soit *doli capax*, capable de dol. Mais il faut remarquer que la dernière action est prescriptible d'après les règles du droit criminel (637 et suiv., C. inst. cr.), tandis que l'autre n'est prescriptible que par trente ans. Ce que celle-ci a de désavantageux sous le rapport du caractère purement civil, elle le compense sous le rapport de la durée; et le créancier, après avoir laissé prescrire l'action civile *ex delicto*, pourra encore exercer l'action *ex contractu*, d'après le contrat, à raison de son inexécution.

Mais s'il ne lui reste que celle-ci, ce n'est pas qu'elle se restreigne à la restitution de ce qui a tourné au profit du mineur, et qu'elle ne s'étende pas à l'entière réparation du dommage causé, quand, de la part de ce dernier, il y a eu un véritable délit ou quasi-délit. Si, en effet, l'action *ex contractu* ne com-

(1) L. 9, § 2, *ff. De minor.*
(2) DURANTON, t. 18, nº 35.

prend que ce qui a tourné au profit du mineur, ce dont il s'est enrichi, c'est seulement lorsqu'il a simplement contrevenu à la convention, sans se rendre d'ailleurs coupable d'aucun fait qui engage sa responsabilité, d'après les articles 1382 et 1383.

Tel est le cas de violation de dépôt. L'article 1926, qui ne soumet l'incapable dépositaire à une action en restitution que jusqu'à concurrence de ce qui a tourné à son profit, ne s'applique qu'au cas où le dépôt a été détourné et dissipé sans mauvaise foi, sans intention criminelle et frauduleuse de la part du mineur (1).

5. Si le dommage éprouvé par celui qui a contracté avec le mineur ne provient pas directement de son délit ou quasi-délit; si le mineur, usant de ses droits, a pu impunément lui causer le même dommage, alors il n'y a pas lieu à réparation. Mineur, je vous vends sans formalités la chose d'autrui. Vous êtes évincé par le véritable propriétaire. Je ne vous dois, fussé-je même coupable de dol à votre égard, que ce que je vous devrais si, me prévalant de mes droits, j'avais fait annuler pour mon compte la vente de cet héritage, comme faite sans les formes prescrites. Que vous importe, en effet, de quelle manière vous soyez évincé, soit par l'action en revendication d'un tiers, soit par une action en nullité de ma part? Vous n'en éprouvez ni plus ni moins de dommage. Or, je pouvais, sans attendre votre action en garantie, prendre l'initiative d'une action en nullité. Je ne suis donc tenu de vous restituer le prix de vente que j'ai reçu que jusqu'à concurrence de ce dont j'ai profité (1312) (2).

6. Si le mineur transigeait sur les intérêts civils résultant de son délit ou quasi-délit, nul doute qu'il ne pût se faire res-

(1) L. 1, § 15, *ff. Depos.* — Duranton, t. 18, n° 35. — Troplong, *Dépôt*, n° 58. — Zachariæ, t. 3, p. 109, 1re édit., et t. 4, p. 620, 4e édit.

(2) Toullier, t. 7, n° 586.

tituer (1). Mais après la rescision de cette transaction, revivrait le fait qui, par lui-même, oblige à réparation; de telle sorte que si, en définitive, le mineur est reconnu responsable d'un délit ou quasi-délit, il ne fait que gagner à la rescision de la transaction une simple réduction dans ses engagements.

7. Le mineur pourrait de même se faire restituer contre l'aveu et la reconnaissance qu'il aurait faite de son délit ou quasi-délit (2). Celui-là seul a, en effet, capacité de reconnaître qui a capacité de s'obliger. Cependant, comme il s'agit uniquement de prouver un fait, et que les tribunaux peuvent, en cette matière, s'en rapporter à de simples présomptions, l'aveu et la reconnaissance du mineur, appuyés sur d'autres circonstances graves, concourront, dans tous les cas, à compléter la preuve de son délit ou quasi-délit.

8. Les dispositions de l'article 1310, relatives au mineur, sont également applicables à l'interdit, à la femme mariée. Ils ne sont point restituables contre leurs délits ou quasi-délits, pourvu du moins, quant aux interdits, qu'ils aient été commis par eux dans un intervalle lucide.

Nous observerons encore, quant à la femme, que sa reconnaissance et son aveu, de même que ceux du mineur ou de l'interdit, ne forment point contre elle une preuve qui doive être de droit nécessairement accueillie, sauf au juge à y avoir, en fait, tel égard que de raison (3).

9. Les priviléges de l'incapacité ne s'effacent pas seulement quant au fond même de l'engagement qui résulte d'un délit ou quasi-délit; ils disparaissent encore quant à la poursuite.

On ne saurait contester au ministère public le droit de poursuivre l'incapable, auteur ou complice d'une infraction quel-

(1) Toullier, t. 7, n° 587. — Zachariæ, t. 2, p. 437, 1re édit., et t. 4, p. 259, 4e édit. — Marcadé, art. 1310, n° 1.

(2) Toullier, Zachariæ, *ibid.*

(3) Cass., 15 fév. 1870. Sirey, 70, 1, 212.

conque, sans qu'au préalable il ait à s'inquiéter comment l'incapable sera assisté ou représenté devant la juridiction répressive. L'article 216 en a une disposition formelle à l'égard de la femme mariée. Or, comme les raisons de décider sont absolument les mêmes, elle doit être étendue à tous les autres incapables.

Quant à la partie civile, son action sera-t-elle également recevable, bien qu'elle ait été intentée contre un incapable qui n'est ni assisté ni représenté? Il faut distinguer. Si la partie lésée, au lieu de poursuivre son action civile en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique, la poursuit séparément, comme alors l'action purement civile est portée devant la juridiction civile, nul doute que l'incapable ne doive être régulièrement assisté ou représenté. Autrement, l'action serait non recevable.

Mais si la partie lésée poursuit son action civile, sans la séparer de l'action publique, soit parce qu'elle cite l'incapable devant le tribunal de police ou correctionnel, soit parce qu'elle intervient comme partie civile sur les poursuites intentées par le ministère public, soit devant le tribunal de simple police, soit devant le tribunal de police correctionnelle, soit enfin devant la Cour d'assises; dans ce cas, son action est recevable, alors même qu'elle est formée contre l'incapable seul, ni assisté, ni autorisé, ni représenté. En effet, est-ce le ministère public qui a pris l'initiative de l'action? La partie civile, en se joignant à lui, communique à son action privée tous les avantages, tous les priviléges de l'action publique. Est-ce, au contraire, la partie lésée qui, la première, a cité l'incapable devant le tribunal de répression? Le ministère public est saisi par la plainte, à ce point que, par son désistement ultérieur, elle ne peut le dessaisir. Voilà donc, dans l'un comme dans l'autre cas, deux actions unies, jointes d'une manière indivisible. Comme les juges criminels ne peuvent statuer séparément et divisément sur chacune de ces actions, qu'ils doivent, au contraire, statuer sur toutes par un seul et même jugement

(3, 161, 189, 358, 359, 366, C. inst. cr.), s'il fallait que la partie civile appelât en cause celui qui représente, assiste ou autorise ordinairement l'incapable, il en résulterait que l'action publique serait gênée, entravée dans sa marche, et subordonnée à la régularité de l'action civile (1).

Il est si vrai que l'action civile, poursuivie en même temps et devant les mêmes juges saisis de l'action publique, ne peut être soumise aux règles ordinaires de la procédure civile, que la nécessité de mettre en cause celui qui autorise ou représente l'incapable serait inconciliable surtout avec la procédure pratiquée devant les Cours d'assises. Outre la différence des principes relatifs à la compétence des diverses juridictions qui peuvent également être appelées à connaître du crime imputé à l'incapable, il faut, en effet, remarquer que le ministère public seul a qualité pour saisir le juge d'instruction; que l'action civile est subordonnée, quant à son exercice devant les juges criminels, à cette initiative du ministère public, à l'ordonnance de renvoi et à l'arrêt de la chambre des mises en accusation; que la partie lésée peut se porter partie civile jusqu'à la clôture des débats; que les débats, enfin, ne peuvent être retardés ni suspendus par l'appel en cause, soit du mari de la femme, soit du tuteur ou curateur du mineur, ou du conseil judiciaire de l'accusé.

Que si l'incapable peut être condamné à des réparations pécuniaires, sans être assisté, autorisé ni représenté, les garanties, qui semblent de ce côté lui manquer, sont suppléées par les formes et les solennités de la procédure et des débats criminels (2).

(1) *Contrà,* Zachariæ, t. 3, p. 325, n[te] 13, 1[re] édit., et t. 5, p. 140, n[te] 14, 4[e] édit. Il distingue, et repousse notre opinion, au cas où la partie lésée intente elle-même la poursuite d'une manière principale.

(2) Toullier, t. 11, n° 373. — Grenoble, 4 mars 1835. Sirey, 35, 2, 308. — Bourges, 18 août 1838. Sirey, 39, 2, 32. — Cass., 15 janv. 1846. Sirey, 46, 1, 489. — 9 mai 1846. Sirey, 46, 1, 844. — 29 mars 1849. Sirey, 50, 1, 77.

Il n'y a même pas à distinguer, du moins devant les Cours d'assises, entre le cas où l'incapable accusé est acquitté ou condamné. Cette distinction est repoussée par les articles 358 et 366, C. inst. crim., qui autorisent la Cour à statuer sur les dommages et intérêts prétendus par la partie civile, dans le cas d'absolution comme dans celui d'acquittement ou de condamnation (1).

Article 1311.

Il n'est plus recevable à revenir contre l'engagement qu'il avait souscrit en minorité, lorsqu'il l'a ratifié en majorité, soit que cet engagement fût nul en sa forme, soit qu'il fût seulement sujet à restitution.

Sommaire.

1. Renvoi.

COMMENTAIRE.

1. Nous renvoyons le commentaire de cet article aux articles 1337 et suivants.

Article 1312.

Lorsque les mineurs, les interdits ou les femmes mariées sont admis, en ces qualités, à se faire restituer contre leurs engagements, le remboursement de ce qui aurait été, en conséquence de ces engagements, payé pendant la minorité, l'interdiction ou le mariage, ne peut en être exigé, à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné à leur profit.

(1) Cass., 15 janv. 1846. Sirey, 46, 1, 489. — 9 mai 1846. Sirey, 46, 1, 844.

Sommaire.

COMMENTAIRE.

1. Lorsqu'un contrat est annulé, rescindé, ou résolu, les parties sont remises au même et semblable état qu'avant la convention (1). Chacune d'elles doit faire compte à l'autre de ce qu'elle a reçu. L'article 1312 introduit une exception à cette règle en faveur des mineurs, des interdits, des femmes mariées. « Lorsqu'ils sont admis, dit-il, en ces qualités, à se faire restituer contre leurs engagements, et qu'en conséquence de ces engagements il leur a été payé quelque chose pendant la minorité, le mariage ou l'interdiction, ils ne sont tenus de

(1) Voy. art. 1183, n° 73.

rembourser que ce qui est prouvé avoir tourné à leur profit. » C'est là un véritable privilége qui leur est accordé par la loi, et que la raison approuve. S'ils devaient, en effet, rembourser tout ce qui leur a été payé pendant la minorité, la tutelle ou le mariage, au delà même de ce qui a tourné à leur profit, il en résulterait pour eux une véritable lésion. Et c'est justement ce préjudice que la loi a voulu leur épargner en leur donnant une action en nullité ou en rescision contre leurs engagements.

2. L'article 1241 dit également que le payement fait à un incapable n'est point valable, à moins que le débiteur ne prouve que la chose payée a tourné au profit du créancier. Il suppose sans doute, comme l'article 1312, que le payement a été fait entre les mains de l'incapable, sans qu'il fût suffisamment assisté ou autorisé. Mais il prévoit un cas différent. Il est fait pour l'hypothèse où une obligation valable préexiste, et où le débiteur en effectue le payement entre les mains d'un incapable. Par exemple, vous avez emprunté mille francs à mon père aujourd'hui décédé, et c'est à moi, son fils mineur, que vous les payez. L'article 1312 suppose au contraire, le cas où le mineur, l'interdit et la femme mariée font un contrat nul ou rescindable, et reçoivent par eux-mêmes quelque chose, en exécution de ce contrat.

Tel est le cas de l'article 1926, qui suppose un dépôt fait par une personne capable entre les mains d'un incapable. Tel serait encore le cas où un incapable emprunte, reçoit le prix d'une vente ou d'un louage qu'il a contracté, touche enfin quelque chose, en conséquence d'un contrat nul ou rescindable, et contre lequel il se fait plus tard restituer, précisément en sa qualité d'incapable.

3. Il importe d'insister sur le véritable sens et la portée de l'article 1312.

La première observation, c'est qu'il ne doit recevoir d'application que dans le cas où le mineur, l'interdit et la femme

mariée se font restituer, en ces qualités, contre les engagements qu'ils avaient contractés. Si donc ils faisaient annuler, rescinder ou résoudre leurs engagements, pour toute autre cause qu'à raison de leurs qualités d'incapables, soit pour dol, erreur, violence ou lésion, comme pourrait le faire un majeur, parce que, sous le rapport de leurs incapacités, ils ont été légalement habilités, l'article 1312 cesserait alors d'être applicable.

Cette distinction théorique ne laisse pas d'avoir un grand intérêt dans la pratique. Par exemple, c'est une femme mariée qui vend avec l'autorisation de son mari un de ses immeubles; elle ne pourra pas se faire restituer comme femme mariée, puisqu'elle a été dûment autorisée. Mais elle a été lésée de plus des sept-douzièmes; alors elle fait rescinder le contrat pour cause de lésion, comme aurait pu le faire un majeur. L'acquéreur, dans ce cas, aura le choix de garder la chose en fournissant un supplément de prix, ou de rendre la chose. S'il opte pour un supplément, il ne doit l'intérêt que du jour de la demande en rescision; s'il rend la chose, il rend les fruits aussi du jour de la demande; et l'intérêt du prix qu'il a payé lui est compté dans ce dernier cas, aussi du jour de la demande ou du jour du payement, s'il n'a touché aucuns fruits (1681, 1682).

Au contraire, lorsqu'un incapable se fait restituer, en cette qualité, soit par action en nullité, soit par action en rescision pour lésion, il est pleinement remis au même et semblable état qu'avant la convention, et les restitutions de choses et de prix, de fruits et d'intérêts se font suivant les règles relatives aux résolutions ordinaires (1). Nous ne croyons pas, en effet, que l'article 1682 soit applicable à l'action en rescision pour cause de lésion intentée par un mineur en cette qualité, d'abord parce que l'autre contractant n'a pas alors le choix entre la restitution de la chose et le payement d'un supplément, option à

(1) L. 27, § 1, et l. 24, § 4, *ff. De minor*

laquelle se réfèrent les dispositions de l'article 1682; ensuite parce que cet article est une véritable exception au droit commun, et qu'à ce titre il ne doit pas être appliqué hors du cas spécial pour lequel il a été édicté. Il faut considérer d'ailleurs que, si les fruits ou les intérêts ne devaient se restituer que du jour de la demande, l'incapable pourrait être lésé, ce que la loi a voulu éviter.

4. Par exception au droit commun et aux effets généraux des rescisions et annulations, le mineur, l'interdit, la femme ne doivent rembourser à l'autre partie, lorsqu'ils se font restituer, en ces qualités, contre leurs engagements, que ce qui est prouvé avoir tourné à leur profit. Cette exception, fondée sur leur état d'incapacité, ne doit naturellement s'appliquer qu'aux choses qui leur ont été payées, en conséquence de leurs engagements annulés ou rescindés, pendant la minorité, l'interdiction ou le mariage. Telles sont les dispositions expresses de l'article 1312 (1). Si donc, en supposant que ce payement n'eût point couvert l'action en nullité ou en rescision, quelque chose leur avait été payé après l'événement de leur majorité, la mainlevée de leur interdiction, ou la dissolution du mariage, ils seraient tenus de restituer tout ce qu'ils auraient ainsi reçu, soit qu'ils en eussent profité ou non. C'est qu'ils avaient alors toute capacité. Les divers payements qu'ils auront reçus seront, conséquemment, régis par des principes différents, suivant leur état de capacité ou d'incapacité au temps où ils ont été effectués.

Il faut en dire autant des payements qui auraient été faits à leurs héritiers capables et majeurs.

5. Nous supposons toujours un engagement nul ou rescindable. Mais ce n'est plus le mineur, l'interdit ou la femme qui reçoit le payement. C'est le tuteur ou le mari à qui ce payement est fait, sans que toutefois il couvre l'action en nullité ou en

(1) Voy. l. 27, § 1, et l. 47, § 1, *ff. De minor.* — L. 47, *ff. De solut.*

rescision. Le mineur, l'interdit, la femme mariée faisant rescinder ou annuler leurs engagements, n'auront sans doute à rembourser, sur ce qui aura été payé, soit à eux-mêmes, soit à leur tuteur ou mari, que ce qui sera prouvé avoir tourné à leur profit. Mais la partie qui aura payé entre les mains du tuteur ou mari, aura contre eux une action en restitution du tout, ou du moins de la différence entre ce qu'elle a payé et ce que lui rembourse le mineur, l'interdit ou la femme mariée. Pour eux, en effet, ils sont censés avoir profité de ce qu'ils ont reçu.

Par exemple, un tuteur vend sans formalités un héritage qui lui est commun avec ses pupilles. Ceux-ci ne peuvent faire rescinder la vente que pour leur part, à moins que l'acquéreur n'en demande la révocation pour le tout, parce qu'il n'a pas eu l'intention d'acheter seulement une partie. Le contrat est donc annulé; l'acquéreur aura une action en remboursement du prix pour le tout contre le tuteur, et pour leur part contre les pupilles, jusqu'à concurrence du moins de ce qui a tourné à leur profit (1).

6. Si l'incapable doit prouver que le contrat est nul ou rescindable, cette preuve faite, c'est à l'autre partie à prouver qu'il a profité du payement qu'il a reçu. Tel est l'ordre des preuves à faire; car si l'incapable est demandeur en nullité ou en rescision, son adversaire devient demandeur à son tour en remboursement.

Lorsqu'une partie capable a reçu quelque chose, notamment une somme d'argent, elle en est immédiatement censée plus riche, indépendamment de l'emploi qu'elle a pu en faire. Mais cette présomption n'existe pas à l'égard de l'incapable. Il peut recevoir une somme d'argent, et la dissiper en de folles dépenses, sans en retirer aucun profit. On doit donc prouver contre lui l'utilité de l'emploi qu'il en a fait. Jusqu'à cette

(1) L. 47, § 1, *ff. De minor.*

preuve faite, il y a dans la loi présomption du contraire, à raison de son incapacité (1).

7. L'obligation imposée à l'incapable de tenir compte, nonobstant la rescision et la nullité de son engagement, de tout ce qui a tourné à son profit, est fondée sur ce grand principe d'équité naturelle qui défend de s'enrichir aux dépens d'autrui.

Cette question de profit fait est une question plus de fait que de droit. Il y a tant de manières de tirer profit de ce qui est reçu par l'incapable, qu'il est impossible même d'imaginer les divers cas où il est censé s'être enrichi. Qu'il nous suffise donc de dire que l'incapable aura profité du payement fait entre ses mains, toutes les fois qu'il l'aura employé directement ou indirectement à sa libération d'une dette légitime, résultant, soit d'un engagement régulier, soit d'un délit ou quasi-délit (2); qu'il s'en sera servi pour faire des réparations nécessaires ou utiles, ou pour se procurer, par voie d'achat ou autrement, des choses dont il avait un besoin indispensable. Il s'est, en effet, alors enrichi, soit de ce qu'il a acquis, soit de ce qu'il a été dispensé de prendre sur lui-même. *Hoc ipso quo non est pauperior factus, locupletior est* (3), il est plus riche de ce dont il ne s'est pas appauvri.

Le payement aurait également tourné au profit de l'incapable, s'il avait été employé pour son éducation et son instruction, ou même pour la satisfaction d'un sentiment louable d'humanité, telle qu'une aumône, en la renfermant, toutefois, dans des limites justes et en rapport avec sa condition et sa fortune. De pareilles dépenses peuvent avec raison être, dans ce cas, considérées comme nécessaires.

8. La question de profit fait, *de in rem verso*, doit s'apprécier

(1) Cass., 26 nov. 1861. Sirey, 62, 1, 177. — 1er juin 1870. Sirey, 70, 1, 387.

(2) Cass., 24 janv. 1855. Sirey, 56, 1, 56.

(3) L. 47, *ff. De solut.*

au moment où l'incapable intente son action en nullité ou en rescision. Il ne doit rembourser que ce dont il se trouve enrichi à cette époque (1).

Ce n'est pas à dire, cependant, qu'on ne doive jamais considérer le passé. Il peut, en effet, arriver que l'incapable ait tiré de la chose par lui reçue, un profit qui s'est évanoui avant la demande, par suite d'un événement de force majeure, ou imputable au fait de l'incapable lui-même. Ainsi, il a fait à sa maison, avec l'argent reçu, des réparations nécessaires, ou acheté une chose dont il ne pouvait se passer. La maison est dévorée par un incendie; la chose périt; puis l'incapable intente son action en nullité ou en rescision. On devra calculer son profit fait, indépendamment des événements postérieurs, parce que, dès le principe, il s'est enrichi de tout ce qu'il a été dispensé de débourser (2). L'article 1306, relatif à la manière d'apprécier la lésion, nous fournit ici un puissant argument par analogie.

Mais si le prétendu profit fait par l'incapable durant son incapacité, au lieu de résulter d'un emploi en dépenses nécessaires, indispensables, ne provenait que d'un emploi en dépenses simplement utiles, et que l'utilité de cet emploi eût disparu avant la demande, même par suite d'un cas fortuit et de force majeure, les juges ne devraient alors reconnaître de profit fait que jusqu'à concurrence de ce qui subsiste de l'emploi soi-disant utile. C'est qu'alors la dépense n'étant pas nécessaire, on ne peut dire que l'incapable s'est enrichi de tout ce dont il ne s'est pas appauvri. Comme elle est simplement utile, son utilité doit se vérifier d'après ses résultats définitifs (3).

(1) L. 4, *ff. De except. præscript.* — L. 47, *ff. De solut.* — Zachariæ, t. 2, p. 438, 1re édit., et t. 4, p. 260, 4e édit. — Duranton, t. 12, n° 45.

(2) L. 47, § 1, *ff. De solut.*

(3) Pothier, *Oblig.*, n° 468. — Duranton, t. 12, n° 45. — *Contrà*, Zachariæ, t. 2, p. 359, nte 11, 1re édit., et t. 4, p. 155, nte 18. 4e édit. — Toullier, t. 7, n° 14.

Mais elle se vérifiera à l'époque de la demande, de telle sorte que si l'utilité et le profit fait, établis à ce moment-là, venaient à s'évanouir plus tard, soit après, soit durant l'instance, cet événement, postérieur à la demande, ne serait d'aucune considération; et l'incapable ne pourrait, sous ce prétexte, être dispensé de rembourser ce qui avait réellement tourné à son profit, au moment où il a intenté son action en nullité ou en rescision. Les jugements étant simplement déclaratifs rétroagissent, en effet, au jour de la demande.

9. Lorsque le mineur, l'interdit et la femme mariée se sont fait restituer, en ces qualités, contre un contrat aléatoire, ils ne doivent également rembourser sur ce qu'ils ont reçu en conséquence de leurs engagements, que ce qui est prouvé avoir réellement tourné à leur profit. Ont-ils, par exemple, pris ou donné quelque chose en rente viagère? Après l'annulation ou la rescision du contrat, ils n'auront à restituer sur le capital ou les arrérages par eux perçus, que ce dont ils se seront enrichis. Et peu importe qu'ils forment leur demande avant ou après l'événement qui devait, dans les prévisions de l'acte, mettre fin à la rente viagère.

Mais il est certains contrats aléatoires où l'incapable ne reçoit absolument rien autre chose que la prestation de certains risques dans l'éventualité prévue. Tel est le cas où il s'est fait assurer, moyennant une somme déterminée, une fois payée ou annuelle, contre les périls de la grêle, des épizooties ou de l'incendie. Lorsqu'il aura fait prononcer l'annulation ou la rescision de ce contrat d'assurance, n'ayant rien reçu, puisque les risques sont supposés ne pas s'être réalisés, il ne devra rien rembourser du tout. Il est vrai qu'en cas de sinistre, il eût pu, suivant son intérêt, ne pas demander sa restitution, et poursuivre, au contraire, l'exécution de l'assurance. Quelque exorbitant que ce privilége puisse paraître, au point de vue de l'équité naturelle, il n'est que la conséquence incontestable du caractère purement relatif de l'action en nullité

ou en rescision, dont l'incapable est seul admis à se prévaloir. Son adversaire ne peut imputer qu'à son imprévoyance d'avoir contracté avec une personne qui pouvait, à son choix, suivant son intérêt, faire annuler et rescinder, ou bien exécuter le contrat.

10. Si la chose reçue par l'incapable existait en nature, en tout ou partie, l'autre contractant aurait le droit de la revendiquer (1926). Si l'incapable avait, par rapport à cette chose, quelques droits ou action en indemnité, il devrait également les lui céder. Autrement il s'enrichirait aux dépens d'autrui.

11. Bien que l'incapable ne doive rembourser que ce qui a tourné à son profit, il est cependant tenu de faire compte de la perte, détérioration ou dégradation de la chose par lui reçue, lorsqu'elles résultent, non de sa simple négligence et de sa mauvaise gestion, mais de son fait exprès, de sa mauvaise foi, de sa malice. C'est alors un véritable délit ou quasi-délit, produisant des obligations contre lesquelles il n'est pas restituable. La restitution, dans ce cas, ne se fait point à titre de profit fait, mais à titre de dommages et intérêts (1).

12. L'article 1312 nous semble devoir être également appliqué à ceux qui, sans être en état d'interdiction, sont en état de démence. Il y a, dans ce cas, mêmes raisons de décider qu'ils ne doivent rembourser, sur ce qu'ils ont reçu en conséquence de leurs engagements, que ce qui est prouvé avoir tourné à leur profit, lorsque, à raison de leur état de démence, le contrat a été annulé. Mais comme ils n'étaient point frappés d'interdiction, nous croyons que la partie qui a contracté avec eux serait fondée à exiger le remboursement intégral de ce qu'elle leur aurait payé, indépendamment de l'emploi qu'ils en auraient pu faire, du moins, lorsque, de bonne foi, elle aurait contracté dans l'ignorance de leur incapacité naturelle.

(1) Voy. art. 1306, n° 4.

Elle ne pouvait, en effet, exiger dans ce cas la justification d'une capacité sur laquelle aucun soupçon ne devait s'élever. Si donc le remboursement de ce qu'ils ont reçu nous semble ne devoir être exigé que jusqu'à concurrence de ce qui a tourné à leur profit, c'est uniquement dans le cas où celui qui a contracté avec eux l'a fait de mauvaise foi, avec connaissance de leur état de démence, et a conséquemment à s'imputer la même imprudence que s'il avait contracté avec un mineur, un interdit ou une femme mariée.

13. De ce que l'incapable est tenu de rembourser tout ce dont il a profité, il en résulte que son action en nullité ou en rescision, à supposer qu'il l'intente, pourra être repoussée par une fin de non recevoir tirée de son défaut d'intérêt. Tel sera le cas d'un emprunt qui aura tourné tout entier à son profit. Si, en effet, le prêteur doit, d'un côté, lui donner quittance de la somme prêtée, pour cause de nullité du prêt, l'incapable doit, d'un autre côté, lui rembourser cette même somme à titre de profit réalisé. Ainsi, sauf la différence de causes, les obligations de l'incapable restent les mêmes (1).

Mais il faut que les obligations à titre de remboursement soient identiquement les mêmes que les obligations à titre de prêt; autrement, l'action en nullité aurait encore son intérêt. Ainsi, un mineur emprunte à cinq pour cent d'intérêts et avec hypothèque, une somme de mille francs. Il paye les intérêts à partir du prêt, et ce n'est que plus tard que la somme empruntée tourne à son profit. Il a intérêt à se faire restituer contre son emprunt, soit à raison de l'hypothèque qu'il a donnée, soit parce qu'il gagne à la nullité du contrat le montant des intérêts dont il n'a point profité, et qu'il devrait payer s'il était encore considéré comme emprunteur, sans préjudice, toutefois, des intérêts et de l'hypothèque judiciaires qui seront attachés au remboursement dont il est tenu.

(1) Cass., 24 janv. 1855. SIREY, 56, 1, 56.

14. Nous avons supposé jusque-là un incapable en présence d'une partie capable. Mettons en présence l'un de l'autre deux incapables. Par exemple, deux mineurs font entre eux un échange. Comme l'action en nullité ou en rescision est indépendante de la capacité de la personne contre laquelle on la poursuit; qu'elle est, au contraire, uniquement dépendante de l'incapacité de la personne qui l'intente, nul doute que chaque mineur ne puisse la poursuivre contre l'autre. Et chacun restitue ce dont il a profité, absolument comme s'il s'agissait de restituer à un contractant capable.

Par exemple encore, un mineur vend à un autre mineur des objets mobiliers. Le vendeur a consommé le prix inutilement : il reprend sa chose et ne rend rien. Si de même, l'acheteur a dissipé les choses par lui acquises, il n'aura non plus rien à rembourser. Un mineur emprunte d'un autre mineur une somme qu'il dissipe en de folles dépenses; il se fait restituer contre son engagement, et ne rembourse rien.

C'est que, en effet, du moment qu'il s'agit de restituer un incapable, on le restitue sans faire attention à la qualité de son adversaire. Aussi, lorsque les deux incapables se sont tous les deux placés dans les liens d'un engagement réciproque, étant l'un et l'autre également restituables, ils obtiennent tour à tour une restitution isolée, et abstraction faite de celle que l'autre obtient de son côté. Et si un seul a contracté un engagement, comme en matière de prêt, il est seul restituable. Mais jamais aucun d'eux n'est tenu de rembourser à l'autre au delà de ce qui a tourné à son profit. C'est ce que disent les lois romaines; celui-là a la meilleure cause, qui a dissipé ou perdu ce qu'il a reçu, *melior est causa ejus qui accepit, dilapidavit, vel perdidit* (1), ou qui l'a consommé, à moins qu'il ne s'en trouve enrichi, *melior est causa consumentis, nisi locupletior ex hoc inveniatur* (2).

(1) L. 11, § 6, *ff. De minor.*

(2) L. 34, *ibid.* — Toullier, t. 7, n° 591. — Merlin, Rép., v° *Mineur*, § 9.

15. Si le remboursement de ce qui a été reçu par un incapable ne peut être exigé que jusqu'à concurrence de ce qui a tourné à son profit, ce n'est pas une raison pour que l'incapable ne soit point responsable des pertes et dégradations arrivées par sa faute et sa négligence simples, non plus de ce qu'il a reçu, mais de ce qu'il a promis et n'a pas encore payé. Un mineur, un interdit ou une femme mariée me vendent une maison. La maison ne m'a pas encore été livrée qu'elle périt ou est dégradée par la faute du vendeur. Tout incapable qu'il est, il en sera responsable vis-à-vis de moi, en ce sens que je pourrai demander moi-même la résolution du contrat et me dispenser de payer le prix. Car ce n'est pas moi qui l'ai mis volontairement à même d'abuser de la chose, puisque, en l'absence de tout contrat, il en aurait eu également la possession.

Mais si la perte ou la dégradation de la chose était arrivée par son dol, par sa malice, j'aurais contre lui une action en dommages et intérêts, à moins qu'il ne formât lui-même une action en nullité. Car, dans ce cas, il rend, par l'exercice légitime de ses droits, la perte de la chose absolument indifférente pour moi, acquéreur.

Quant au prix que j'aurai pu lui payer avant la délivrance de la chose, il est entendu qu'il ne doit me le rembourser que jusqu'à concurrence de ce qui a tourné à son profit. Car il l'a reçu et a été mis à même de le dissiper en conséquence de l'engagement.

16. L'article 1312 est spécial aux contrats et ne s'applique point aux engagements qui résultent de la loi, ni à ceux qui proviennent des quasi-contrats. Les femmes mariées, les mineurs, les interdits peuvent être choisis pour mandataires : mais le mandant n'a d'action contre eux que d'après les règles générales relatives à leurs obligations (1990), c'est-à-dire jusqu'à concurrence seulement de ce dont ils ont profité. Au contraire, dans le quasi-contrat de gestion d'affaires, le maître

a droit à une indemnité complète contre l'incapable, parce qu'alors on ne peut lui reprocher aucune convention qui rende son préjudice volontaire. L'incapable, *negotiorum gestor*, contracte en cette qualité des obligations aussi étendues qu'une personne capable (1). A défaut d'une indemnité complète, sa gestion serait un quasi-délit produisant, à ce titre subsidiaire, des obligations contre lesquelles il n'est pas restituable.

Quant au quasi-contrat résultant du payement fait sans cause, comme celui qui a payé entre les mains d'un incapable est allé lui-même imprudemment au-devant de cet incapable, il ne peut le contraindre à rembourser que ce qui a tourné à son profit (1241), et peu importe que la réception ait eu lieu de bonne ou de mauvaise foi.

Si c'était l'incapable qui eût payé lui-même sans cause, il pourrait répéter la chose par lui indûment payée. Il aurait même un droit de répétition beaucoup plus large que le majeur qui aurait payé sans cause. En effet, celui qui a reçu d'un incapable, alors même qu'il a reçu de bonne foi, se croyant réellement créancier, n'en a pas moins commis une grave imprudence. Car il devait s'assurer de la capacité de son prétendu débiteur, laquelle est nécessaire pour la validité du payement (1238). L'incapable reprend donc sa chose, tout comme il la reprendrait après l'annulation d'un contrat, puisque, de la part de celui qui l'a reçue, il y a un fait volontaire et spontané de réception. Voilà pourquoi le droit de répétition de l'indû est plus large en faveur de l'incapable.

Ainsi, celui qui doit restituer n'est pas tenu seulement, *quatenus locupletior factus est*, à moins qu'il ne soit incapable lui-même; il ne fait pas les fruits siens; il ne peut opposer la suppression de son titre pour se dispenser de rendre (1377), ni l'exception de bonne foi pour ne restituer que le prix (1380), ou ne pas tenir compte des dégradations commises

(1) DOMAT, *Lois civiles*, liv. 2, tit. 4, sect. 1, n° 10. — TOULLIER, t. 11, n°s 39 et 40. — Voy. art. 1374, n° 9.

ou des détériorations survenues, faute de soins (1379), et sans mauvaise foi positive de sa part. Son imprudence à recevoir étant la même qu'à contracter, doit produire les mêmes effets à l'égard de l'incapable.

Cette imprudence n'équivaut cependant pas à mauvaise foi. Il peut être d'ailleurs de bonne foi, et la loi en admet la possibilité, en supposant (1238) un payement reçu d'un incapable réellement débiteur de très bonne foi, c'est-à-dire dans l'ignorance qu'il fût incapable. Par cela seul qu'il a reçu imprudemment, mais de bonne foi, il ne doit donc pas les intérêts des sommes qui lui ont été payées sans cause, parce que naturellement elles sont infécondes et improductives. Il ne les devra que tout autant qu'il les aura reçues positivement de mauvaise foi (1378), en connaissance de la non-existence de la dette et de l'état de l'incapable.

Mais, dans le cas même où le payement a été fait par un incapable d'une somme d'argent ou de choses qui se consomment par l'usage, elles pourront être répétées contre le prétendu créancier qui les a reçues et consommées de bonne foi, quoiqu'il ait, en conséquence, supprimé son titre, sans que celui qui a payé soit réduit à n'exercer qu'un simple recours contre le véritable débiteur. Si le payement est validé par l'article 1238, à raison de la bonne foi de celui qui l'a reçu et consommé ; s'il doit alors produire les mêmes effets que s'il était émané d'une personne capable, ce n'est que dans l'hypothèse où celui qui l'a fait irrégulièrement, à cause de son incapacité, était néanmoins réellement débiteur. Or, nous supposons ici que l'incapable a payé sans cause et par erreur. L'article 1238 est donc inapplicable, et le droit de répétition existe dans son intégrité.

ARTICLE 1313.

Les majeurs ne sont restitués pour cause de lésion que dans le cas et sous les conditions spécialement exprimés dans le présent Code.

Sommaire.

1. Observation. Renvoi.

COMMENTAIRE.

1. L'action en rescision pour lésion est relative, tantôt à certaines personnes pour toute espèce de conventions, tantôt à certains contrats spécialement en faveur de toutes personnes. Considérée comme un droit ouvert en faveur de certaines personnes, elle est un privilége personnel. C'est à ce point de vue que nous l'avons examinée dans les articles qui précèdent. Quant à son appréciation comme moyen accordé à toutes personnes pour se faire restituer contre certains actes particuliers, tels que les ventes d'immeubles et les partages, nous n'avons pas à nous en occuper ici.

Nous renvoyons, au surplus, à notre commentaire de l'article 1118.

Article 1314.

Lorsque les formalités requises à l'égard des mineurs ou des interdits, soit pour aliénation d'immeubles, soit dans un partage de succession, ont été remplies, ils sont, relativement à ces actes, considérés comme s'ils les avaient faits en majorité ou avant l'interdiction.

Sommaire.

1. Ancienne jurisprudence. Code civil.
2. Partage de société, de communauté.
3. Acceptation de donation.
4. Les mineurs sont réputés majeurs, quand les formes spéciales ont été remplies.
5. Emprunts, hypothèques.
6. Acceptation et répudiation de succession.
7. Acquiescement à une demande immobilière.
8. Transaction.
9. Le mineur a la voie de la requête civile.

COMMENTAIRE.

1. Notre ancienne jurisprudence ne laissait pas d'admettre l'action en rescision pour lésion, alors même que toutes les formalités requises dans l'intérêt des mineurs avaient été accomplies. « Vainement, disait Henrys (1), on aura observé les formalités, avis de parents, rapports d'experts, décrets de magistrats, tout cela n'empêchera pas que le mineur ne puisse rentrer dans son bien, s'il se trouve quelque lésion. »

Mais si le mineur pouvait encore faire rescinder la vente ou le partage, il devait, du moins, rembourser au préalable tout ce qu'il avait reçu, et même les frais et loyaux coûts du contrat. S'il s'agissait d'un emprunt ou d'une vente, il devait rembourser le prix intégral, soit qu'il eût reçu ou non un emploi utile, sauf son recours contre son tuteur (2). « Autrement, disait Valin, l'autorité de la justice ne serait d'aucun secours, dans ces occasions, aux acquéreurs et aux prêteurs (3). » Voilà donc tout ce que l'acquéreur ou le prêteur gagnait à l'accomplissement des formalités. Il n'échappait pas à la rescision, mais il en sortait indemne. Alors, au contraire, que les formes n'avaient pas été observées, le mineur n'était tenu de rembourser que ce qui avait tourné à son profit.

Mais sous le Code civil, lorsque les formalités requises à l'égard des mineurs ou des interdits, soit pour aliénations d'immeubles, soit dans un partage de succession, ont été remplies, ils sont, relativement à ces actes, considérés comme s'ils les avaient faits en majorité ou avant l'interdiction (1314). Les avantages de cette innovation sont incontestables. Elle est un véritable bienfait, non-seulement envers les tiers, mais encore envers les mineurs eux-mêmes, au préjudice desquels les pré-

(1) Voy. Bretonnier, sur Henrys, t. 1, liv. 4, *Quest.* 22.

(2) Valin, *La Rochelle*, art. 24, nos 172, 173 et 188. — Rousseaud de Lacombe, vo *Restitution*, no 3.

(3) Valin, *ibid.*, no 188.

cautions de la loi tournaient par leur exagération même, du moment que, à défaut de sécurité, on osait à peine contracter avec eux.

2. La loi, dans l'article 1314, ne s'occupe que des aliénations d'immeubles et des partages de succession (466, 840). Quant aux partages de communauté ou de société, qui sont soumis aux mêmes formes, placés expressément sur la même ligne (1476,1872), ils sont également inattaquables par la voie de rescision de la part des mineurs, en cette qualité, lorsque toutes les formalités requises ont été observées.

3. La donation faite au mineur ne pourra être acceptée par le tuteur qu'avec l'autorisation du conseil de famille. Elle aura, à l'égard du mineur, le même effet qu'à l'égard du majeur. Telles sont les dispositions de l'article 463.

4. Mais que faut-il décider relativement aux autres actes soumis à des formalités spéciales, lorsque la loi n'a pas pris elle-même soin de déclarer que l'accomplissement de ces formalités devait les faire considérer comme faits en majorité, en état de pleine capacité? Le silence de la loi, à cet égard, veut-il dire que l'action en rescision pour lésion, en qualité d'incapables, est réservée aux mineurs? Nous ne le croyons point, et posons tout d'abord en principe qu'alors même que la loi ne s'en est pas expliquée, il suffit que les formes spécialement requises aient été observées, pour que les actes faits par le tuteur, ou par le mineur, émancipé ou non, assisté de son tuteur ou curateur, soient aussi inattaquables que les actes passés par une personne jouissant de l'exercice complet de ses droits civils. Ils ne peuvent être attaqués par voie de rescision ou de nullité, que dans les cas où un majeur pourrait les attaquer lui-même (1).

Le silence de la loi suffit pour l'établir. D'une part, en effet, les mineurs ne peuvent se faire restituer, pour cause d'inca-

(1) ZACHARIÆ, t. 2, p. 430, 1re édit., et t. 4, p. 252, 4e édit.

pacité, que dans les cas prévus par la loi (1125); et, d'autre part, le législateur ne s'est point occupé de la rescision ou de la nullité des actes soumis à des formes spéciales, lorsque ces formes avaient été accomplies. En exigeant leur observation, le but de la loi a été de prémunir les mineurs contre toute espèce de lésion. Comment ouvrirait-elle donc en leur faveur une action en rescision dont la cause est censée manquer? Il ne peut s'agir d'ailleurs de nullité, puisque leur personne a été parfaitement habilitée. Si, enfin, le législateur a cru devoir s'expliquer quant aux aliénations d'immeubles et aux partages, ce n'était, sans doute, que pour couper court aux traditions de notre jurisprudence, et donner à la propriété elle-même la conscience de la sécurité que la législation nouvelle lui offrait. Mais l'article 1314, révélant la pensée et le but de la loi, nous autorise à appliquer ses dispositions aux autres actes dont le législateur n'a point parlé, même à plus forte raison, parce qu'ils sont d'une moindre importance.

5. Ainsi, bien que l'article 1314 ne parle que des aliénations d'immeubles, il nous paraît évident que ses dispositions s'appliquent également aux emprunts contractés, ou aux hypothèques concédées par le tuteur pour le mineur, avec l'accomplissement de toutes les formalités requises, auxquelles l'article 457 les assujettit indistinctement, de même que les aliénations d'immeubles.

6. Le tuteur ne peut accepter ni répudier une succession échue au mineur, sans une autorisation du conseil de famille; l'acceptation n'a lieu que sous bénéfice d'inventaire (361). Dans le cas où la succession répudiée au nom du mineur n'aura pas été acceptée par un autre, elle pourra être reprise, soit par le tuteur, autorisé à cet effet par une nouvelle délibération du conseil de famille, soit par le mineur devenu majeur, mais dans l'état où elle se trouvera lors de la reprise, et sans pouvoir attaquer les ventes et autres actes qui auraient été léga-

lement faits durant la vacance (462). En ceci le mineur est assimilé au majeur (790).

Malgré son acceptation bénéficiaire, le mineur peut, néanmoins, éprouver une lésion, soit parce qu'il est obligé de faire des rapports, soit parce qu'il a intérêt à éviter les frais et les embarras d'un procès, *cum intersit litibus et sumptibus non vexari* (1). Il ne pourra se faire restituer contre son acceptation que dans les cas où le majeur pourrait être lui-même restitué, par exemple, en cas que son acceptation eût été la suite d'un dol pratiqué envers lui. Si, en effet, l'article 783 ne parle que du majeur, ce n'est point exclure le mineur du droit de se faire relever de son acceptation. L'accomplissement des formes spécialement prescrites pour la validité de son acceptation le faisant considérer comme majeur, il se trouve ainsi compris dans les dispositions textuelles de l'article 783. Quant à la forme restrictive dans laquelle cet article est conçu, le majeur ne peut..., et qui sous-entend une différence entre le majeur et le mineur, il nous suffira de faire remarquer qu'il existera toujours entre eux cette importante différence, que le mineur, s'il a accepté seul et sans les formalités prescrites, pourra se faire restituer contre son acceptation, par voie de nullité, sans avoir besoin même d'établir une lésion quelconque.

Cependant, un arrêt de la Cour suprême (2), au moins par ses motifs, décide que nonobstant l'observation de toutes les formes requises pour la validité de son acceptation, le mineur peut, à la différence du majeur, se faire restituer pour cause de simple lésion. Nous remarquons d'abord que dans l'espèce il s'agissait uniquement de savoir si l'article 783 ne parlant que d'un majeur, était applicable au mineur qui avait accepté la succession ouverte par suite d'un dol pratiqué envers lui. La Cour de cassation, après avoir décidé l'affirmative, ajoute que le mineur peut même se faire restituer pour simple lésion, et à plus forte raison s'il y a dol. Par son caractère superféta-

(1) L. 6, *ff. De minor.*

(2) 5 déc. 1838. Sirey, 38, 1, 945. — Voy. Toullier, t. 4, nº 335.

toire, ce motif, inutile pour la décision, perd certainement une grande partie de son autorité. D'ailleurs il est fondé sur une fausse interprétation de l'article 1305, en ce qu'il suppose que cet article s'applique même aux actes pour lesquels la loi a prescrit l'observation de certaines formalités spéciales. Or, c'est là une erreur que nous avons établie dans le commentaire de cet article.

7. Le tuteur ne peut acquiescer à une demande relative aux droits immobiliers de son pupille, sans une autorisation du conseil de famille (464). Donc il peut valablement acquiescer avec cette autorisation. Cet argument, *a contrario,* la loi le fait elle-même dans l'article 467.

8. Le tuteur ne pourra transiger au nom du mineur, qu'après y avoir été autorisé par le conseil de famille, et de l'avis de trois jurisconsultes désignés par le procureur de la république près le tribunal de première instance. La transaction ne sera valable qu'autant qu'elle aura été holomoguée par le tribunal de première instance, après avoir entendu le procureur de la république (467). Donc elle sera valable si ces formes ont été accomplies, sans qu'elle puisse être attaquée par voie de rescision, la loi, par son silence, n'ouvrant pas plus cette action que l'action en nullité (1).

9. Quoi qu'il en soit, il ne laisse pas de subsister une différence importante entre le majeur et le mineur, en ce qui concerne les actes de juridiction civile contentieuse. Le mineur, quoique dûment représenté dans l'instance, peut encore se pourvoir par requête civile, s'il n'a été valablement défendu, c'est-à-dire d'après l'exposé même des motifs de la loi, si les principales raisons de fait et de droit ont été omises, à sa condamnation (2). C'est que, en effet, ses intérêts peuvent encore être compromis, malgré l'accomplissement de toutes les formalités, par la négligence, l'erreur, l'ignorance ou l'incurie des personnes qui doivent y veiller.

(1) Alger, 17 mars, 1874. Sirey, 75, 2, 52.
(2) Art. 481, 482, C. pr.

CHAPITRE VI.

DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS ET DE CELLE DU PAYEMENT.

Article 1315.

Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. — Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le payement ou le fait qui produit l'extinction de son obligation.

Sommaire.

1. La théorie de la preuve se rattache aux principes de la philosophie.
2. Les moyens de preuve ne sont que des éléments de certitude.
3. Acceptions diverses du mot preuve.
4. Dispositions de l'article 1315.
5. Leur principe.
6. Le défendeur n'a qu'à nier.
7. L'article 1315 doit être généralisé.
8. Exemples.
9. Ce que comprend la charge de la preuve.
10. Qui doit prouver que le titre ancien n'est pas prescrit? Distinction.
11. Suite. Caractère de la possession.
12. Suite; quand le titre est opposé à un tiers.
13. Suite; quand le titre établit une simple créance.
14. Celui qui réclame une servitude doit la prouver, même quand il a pour lui un jugement possessoire.
15. Suite.
16. Quant à la charge de la preuve, il n'y a pas à distinguer entre les faits positifs et les faits négatifs.
17. Les questions de fait sont seules susceptibles de preuve.
18. Il faut que les faits soient relevants.
19. Faute de preuve, le demandeur succombe.
20. Rôle du défendeur. Communication des pièces.
21. Réserve de la preuve contraire pour le défendeur.
22. Des enquêtes d'examen à futur.

COMMENTAIRE.

1. La théorie de la preuve se rattache aux principes les plus élevés de la philosophie. Elle résume, en quelque sorte, les moyens de percevoir, de connaître et de juger dont l'homme a été doué. A ce titre, elle repose sur les mêmes fondements que l'ensemble des connaissances humaines.

Il n'appartient pas à la jurisprudence de remonter à ces grands principes. Elle les accepte comme constants, sans les discuter ni les débattre; et, les accommodant aux nécessités du droit pratique, qui est la règle des hommes en société, elle se borne à indiquer aux juges les moyens qui lui semblent propres à établir une certitude suffisante.

Nous verrons même que, quand la philosophie accepte tous moyens de connaître, sans distinction et toujours, la jurisprudence, au contraire, fait entre eux un discernement, et n'en accepte que quelques-uns, en répudiant les autres. C'est que, dans la recherche de la vérité, qui est également son objet et son but, ces derniers lui ont semblé, soit par eux-mêmes, soit à raison des circonstances, pleins d'inconvénients et de dangers, et qu'ils lui ont paru même offrir de plus grands risques de mensonge et d'erreur.

Telle est, en effet, la vertu propre de la loi, de ne rien laisser à l'arbitraire, et de faire encore sentir au juge le frein de la règle, alors même qu'elle lui abandonne, en certains cas, un pouvoir d'appréciation souverain et discrétionnaire. Aussi cesse-t-il, en sa qualité de juge soumis à une règle supérieure, d'exercer, dans toute leur plénitude, la liberté et la spontanéité naturelles à l'esprit humain, et est-il malgré lui obligé, quelle que soit la lutte intérieure de sa conscience, de se faire une conviction sur les éléments que la loi lui impose comme moyens juridiques de preuve. Sa mission consiste alors à rechercher si le fait auquel sont attachés le caractère et la force de preuve, est judiciairement établi, plutôt qu'à

reconnaître si, philosophiquement, il constitue une preuve suffisante.

2. Quels que soient les moyens de preuve admis par la loi, ils ne sont jamais considérés par elle que comme éléments de certitude ; et cette certitude qu'elle exige n'est point elle-même ce qu'on appelle la certitude mathématique, où la vérité est d'évidence ou de raisonnement. Elle est seulement la certitude morale, où la vérité s'établit et se démontre à l'aide de moyens qui, sans avoir aucun caractère d'infaillibilité, sont cependant de nature, d'après les lumières du bon sens et de la raison, à produire, dans l'esprit de toute personne raisonnable, une vive et profonde conviction.

Mais cette certitude morale, en passant dans le domaine de la jurisprudence, reçoit elle-même de la loi un caractère particulier. Comme elle est subordonnée à certains éléments de preuve que la loi précise, elle devient ce que nous appelons la certitude légale. Cette certitude, particulière au juge, peut exister ainsi parallèlement avec la certitude contraire, qu'il ne lui est pas interdit d'avoir personnellement comme homme privé. De là viennent ces locutions usuelles : je suis convaincu comme homme, je ne le suis pas comme magistrat, et réciproquement; ce qui veut dire : je suis obligé, comme juge, d'admettre les seuls moyens de preuve indiqués par la loi; je ne puis former ma conviction sur des éléments qu'elle déclare irréguliers ou insuffisants.

A ce point de vue restreint, la preuve légale s'entend des moyens de preuve dont la loi précise elle-même les éléments, la nature, les caractères, en même temps qu'elle détermine la foi qui leur est due, pour commander la conviction du juge.

3. Dans son sens le plus général, le mot preuve, exprime la démonstration de l'exactitude d'une proposition quelconque. Appliqué aux faits qu'il s'agit d'établir en justice, il signifie la justification de la vérité des allégations produites par l'une ou l'autre des parties, à l'aide des éléments de conviction autorisés par la loi.

Prise dans son sens judiciaire, cette expression de preuve a plusieurs acceptions différentes.

Ainsi, elle signifie, quant à l'obligation même de prouver, la production des éléments de conviction à l'aide desquels la partie qui fait une allégation est tenue d'en établir la vérité.

Elle désigne encore l'ensemble de ces éléments considérés en eux-mêmes, et comme moyens de produire une certitude légale suffisante.

Enfin, elle signifie, quant à la conviction même du juge, le résultat de ces divers éléments produits en justice.

Dans ce dernier sens, on dit que la preuve est faite ou non, qu'elle est complète ou incomplète, pertinente ou impertinente, concluante ou non concluante.

Dans le second sens, on dit qu'une partie a ou non la preuve de son allégation; que la preuve qu'elle invoque est, suivant son espèce, admissible ou inadmissible.

4. On dit enfin, dans le premier sens, comme l'article 1315, que celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver, et que, réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le payement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

Cette disposition n'est que la traduction de l'ancienne maxime : *Onus probanti incumbit actori, semper necessitas probandi illi qui agit;* la charge de la preuve incombe au demandeur; toujours celui qui demande est dans la nécessité de prouver (1).

Au contraire, le défendeur n'a rien à prouver. Sa position, comme tel, suffit seule pour le protéger contre l'action dont il est l'objet. Mais il devient demandeur dans l'exception qu'il propose, *excipiendo reus fit actor; reus in exceptione actor est* (2). On dit avec raison que, dans ses exceptions, il doit

(1) L. 21, *ff. De probat.*
(2) L. 1, *ff. De exception.*

jouer le rôle de demandeur; *in exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere* (1).

5. Ces maximes, relatives à la charge de la preuve, sont les conséquences de la condition même de l'homme en société. Si, en effet, les hommes sont tenus entre eux, par la fraternité et la justice, à des devoirs communs et généraux, ces devoirs, quelque étendue qu'on leur assigne, ne sauraient constituer que des devoirs imparfaits, et nullement, en droit, des obligations proprement dites. Ils se résument dans ce double principe de la charité sociale : ne faites pas à autrui ce que vous ne voudriez pas que l'on vous fît; faites pour autrui ce que vous voudriez que l'on fît pour vous-même. Mais il n'en résulte aucun droit formel, aucun devoir parfait, dans le sens des droits et des obligations juridiques. L'indépendance naturelle de l'individu vis-à-vis de ses semblables établit par elle-même, en sa faveur, une présomption élémentaire de libération, par rapport à l'existence d'obligations de cette nature. Lors donc que je prétends que vous êtes juridiquement obligé envers moi, je dois en rapporter la preuve.

Remarquons, en effet, que toute demande par laquelle on réclame l'exécution d'une obligation prétendue, tend à enlever à la partie contre laquelle elle est dirigée les avantages de sa situation actuelle. Or, de quel droit la loi imposerait-elle à cette dernière, sous peine d'en être privée, l'obligation d'en établir tout d'abord la légitimité? De quel droit surtout, en l'absence de toute preuve de la part du demandeur, adjugerait-elle à celui-ci sa réclamation? Mais alors, s'il suffisait qu'une demande fût produite pour être réputée fondée, la société serait en proie au désordre, à l'anarchie. La justice ne serait plus qu'un instrument odieux de spoliation. Vainement la loi aurait réservé au défendeur le droit de prouver la légitimité de sa position; outre l'abus intolérable d'une inquisition

(1) L. 19, *ff. De probat.*

illimitée, les droits les mieux fondés, les plus anciennement établis, ces derniers surtout, seraient le plus souvent exposés à périr par l'impossibilité de prouver directement l'injustice des prétentions du demandeur.

Si, d'autre part, celui qui se prétend libéré doit justifier le payement ou le fait qu'il allègue comme ayant produit l'extinction de son obligation, ce principe est fondé sur des raisons non moins puissantes. En effet, si le défendeur oppose l'exception après que le demandeur a prouvé sa demande, il élève une prétention contradictoire dont il doit fournir la preuve. A-t-il, au contraire, proposé son exception, sans même exiger que le demandeur établisse la légitimité de sa demande, et en l'acceptant au moins provisoirement et hypothétiquement comme prouvée, il doit de même prouver l'existence du fait sur lequel il fonde son exception. Que pourrait-on alors exiger de plus du demandeur, puisque son droit est prouvé, ou admis comme tel par le défendeur?

6. Du double principe posé par l'article 1315 il résulte que celui qui entend repousser une action ou une exception, n'a qu'à se borner à nier le fait sur lequel celui qui l'intente ou propose prétend l'établir. Sa simple dénégation suffit pour rejeter sur son adversaire la charge de la preuve; mais cette preuve, une fois faite, rejette sur lui-même le fardeau de la preuve contraire. Ainsi, la maxime, que celui qui nie n'a rien à prouver (1), doit s'entendre en ce sens qu'il suffit, tant que le fondement de l'action ou de l'exception n'est pas prouvé, d'opposer une simple dénégation.

7. Avant d'aller plus loin, nous devons signaler une inexactitude dans l'intitulé de notre chapitre. Il est ainsi rédigé : De la preuve des obligations et de celle du payement. Cette énonciation est inexacte et incomplète. Nous n'en voulons d'autre preuve que l'article 1315 lui-même, qui ne s'occupe pas seu-

(1) L. 2, *ff. De probat.* — L. 23, C. *De probat.*

lement du payement, mais de tout autre fait qui produit l'extinction de l'obligation, tel que la compensation, la confusion, la prescription, la perte de la chose due, l'accomplissement de la condition résolutoire.

Nous devons enfin généraliser le principe posé dans l'article 1315. Il n'est pas vrai, seulement en matière d'obligations proprement dites, que celui qui en réclame l'exécution doit en prouver l'existence. Ce principe s'applique également à toute demande, soit qu'elle ait pour objet l'exécution d'une obligation, ou la reconnaissance de tout autre droit, tel qu'un droit de proprieté, de servitude. Aussi, convient-il de dire, en termes généraux, que tout demandeur qui forme une action en justice doit en prouver le fondement.

Nous faisons, en ce qui concerne le défendeur, une observation analogue, et qui n'est que le corrollaire de celle qui précède. Soit qu'il s'agisse de l'exécution d'une obligation ou de la reconnaissance de tout autre droit, il est tenu de prouver l'existence des faits sur lesquels il fonde son exception.

8. Tout ceci s'expliquera mieux par quelques exemples. Je vous demande le payement d'une somme de mille francs. En ma qualité de demandeur, je dois prouver ma demande par l'un des moyens de preuve autorisés par la loi. Jusque-là, il vous a suffi de dénier. Mais si, cette preuve étant par moi administrée, vous vous prétendez libéré et invoquez une exception quelconque, c'est là, de votre part, une prétention dont vous devez établir la légitimité. Ainsi, vous êtes tenu de prouver, par exemple, votre exception de payement, de confusion, de compensation, de nullité ou de rescision de votre engagement.

Intriguons un peu plus l'hypothèse : vous opposez à ma demande qu'elle est prescrite; pour l'établir, il vous suffit de montrer que le temps nécessaire pour la prescription s'est écoulé. Je réplique, par voie d'exception à votre exception, que la prescription a été interrompue par un commandement

régulier, et je le prouve par la production de l'acte. Vous répondez, et c'est votre seconde et dernière exception, que cet acte est faux; vous devez l'établir. Je puis enfin opposer que la sincérité de cette pièce a été reconnue par jugement passé en force de chose jugée.

Vous opposez à ma demande la perte de la chose due, arrivée par cas fortuit; vous êtes tenu de prouver le cas fortuit allégué. Je réponds qu'alors vous étiez en demeure; vous répliquez que la chose fût également périe chez moi, si elle eût été livrée. Je vous ferme la bouche en prouvant qu'en tout cas vous étiez chargé des cas fortuits.

On voit comment à chaque phase de la contestation nous retrouvons l'application de notre double principe; comment la preuve de la demande ou de l'exception est tour à tour mise à la charge de la partie qui l'intente ou l'oppose. On voit enfin que, soit qu'il s'agisse de l'action ou de l'exception, c'est toujours à celui qui affirme, et non à celui qui nie, qu'incombe la charge de prouver (1).

Ce n'est pas que la position des parties engagées dans la contestation y soit toujours aussi nettement dessinée. Mais l'analyse du débat y montre constamment un rôle semblable successivement joué par chacune d'elles. Tout débat judiciaire aboutit, en effet, à une affirmation d'un côté, à une dénégation de l'autre. C'est là le signe caractéristique auquel le juge doit s'attacher pour départir à l'une ou à l'autre des parties la charge de la preuve; car c'est lui qui marque la distribution des rôles, et permet de reconnaître le demandeur et le défendeur.

9. La partie qui, en sa qualité de demanderesse, est tenue de prouver la légitimité de ses prétentions, doit établir toutes les circonstances de fait qui servent de fondement au droit qu'elle réclame. Elle doit ensuite les établir par l'un des

(1) L. 2, *ff. De probat.* — L. 23, C. *De probat.*

moyens de preuve autorisés par la loi. Mais là se bornent ses obligations. Ainsi, elle n'est pas tenue de prouver qu'il n'existe en faveur du défendeur aucune exception de nature à emporter restriction, modification, extinction ou déchéance de son droit prétendu.

De son côté, le défendeur doit établir son exception de la même manière que le demandeur son action, sans qu'il soit obligé de prouver qu'il n'existe d'ailleurs aucune cause, aucune circonstance qui en écarte l'application, ou en paralyse les effets (1).

Dans le conflit des moyens de défense respectivement invoqués, il n'est pas toujours facile de saisir avec netteté l'application exacte de ce principe à l'une et à l'autre situation de demandeur et de défendeur. Dans la discussion qui manifeste et développe le débat, chaque partie va le plus souvent au-devant de son adversaire, soit qu'elle affirme, soit qu'elle nie, et, dépassant ainsi ses obligations strictes, quant à la charge de la preuve, sans toutefois prouver plus qu'elle ne doit, elle s'applique à combattre et contredire d'avance la preuve contraire, ou l'exception qui doit être proposée contre elle. Par exemple, le demandeur, en même temps qu'il prouve la légitimité de ses prétentions par la production de son titre, s'empresse d'établir, bien qu'il n'ait qu'à attendre que l'exception soit proposée, que la prescription a été interrompue, ou que l'action en nullité ou en rescision a été couverte par un acte de confirmation ou de ratification.

De même, le défendeur qui propose une exception, par exemple, la prescription, prévient toute allégation d'interruption ou de suspension de la part de son adversaire, en commençant par établir, en même temps qu'il l'invoque, qu'elle n'a été ni suspendue, ni interrompue.

Mais si la pratique couvre quelquefois d'un peu de confusion les véritables principes, ils n'en restent pas moins dans toute leur force et vérité ; et c'est au jurisconsulte et au juge à

(1) Zachariæ, t. 5, p. 586, 1re édit., et t. 8, p. 156, 4e édit.

les y rechercher au moyen d'une judicieuse analyse, et à les rétablir dans tout leur jour.

10. Lorsque, entre la date du titre et le jour où le créancier en poursuit l'exécution, il s'est écoulé un temps suffisant pour la prescription du droit réclamé, est-ce au créancier qui se prévaut de son titre à prouver qu'il n'est pas prescrit, ou bien, au contraire, est-ce au débiteur qui invoque la prescription à prouver qu'elle est accomplie? Cette question se résout au moyen d'une distinction.

Si celui qui invoque et produit un titre ancien est actuellement en possession du droit qu'il réclame, il n'a rien à prouver, ou plutôt sa preuve est toute faite, parce que, au moyen de sa possession actuelle, il est censé posséder depuis que son titre existe, et avoir également possédé pendant le temps intermédiaire. Son titre se trouve ainsi ravivé par la possession, et c'est à son adversaire à prouver qu'il est prescrit.

Si, au contraire, il n'est pas en possession actuelle du droit réclamé, au moment de l'introduction de sa demande, il est dans la nécessité de prouver que la prescription a été suspendue ou interrompue civilement ou naturellement. Car le défaut de possession actuelle s'oppose à ce qu'on puisse présumer qu'il a possédé dans le temps intermédiaire, et le titre qu'il produit contient, dans l'ancienneté même de sa date, la présomption qu'il est éteint par la prescription. C'est donc à lui à établir le contraire.

Cette distinction a été appliquée au cas d'usage et d'autres servitudes. Ainsi, l'usager qui produit un titre ancien, c'est-à-dire remontant à plus de trente ans, est tenu ou dispensé de prouver que son droit n'est pas prescrit, suivant qu'il n'est pas ou qu'il est en possession actuelle de ce droit, au moment où il a introduit sa demande (1).

(1) MERLIN, Quest., v° *Usage*, § 9, n° 3. — PROUDHON, *Droits d'usage*, t. 2, nos 603 et suiv.— Cass., 6 févr. 1833. SIREY, 33, 1, 161. — 3 avril 1833. SIREY, 33, 1, 579. — 11 juin 1834. SIREY, 34, 1, 613.

De même, en matière de toute autre servitude, celui qui la réclame en vertu d'un titre ancien, doit, lorsque son adversaire prétend qu'elle est éteinte par le non usage durant trente années, prouver qu'il a exercé son droit de manière à en empêcher l'extinction, s'il n'est pas en possession actuelle. Mais s'il possède actuellement, c'est à l'autre partie qui allègue la prescription par le non usage pendant trente ans à en rapporter la preuve (1).

La même distinction s'applique également à l'hypothèse suivante et autres semblables. Je produis un acte de vente que vous m'avez consenti depuis plus de trente ans, et je réclame la délivrance de la chose vendue. Comme je ne suis pas en possession actuelle, il vous suffira d'opposer l'ancienneté de mon titre comme preuve de sa prescription, et ce sera à moi-même qu'incombera la charge de la preuve contraire. Mais si j'étais en possession au moment de ma demande, vous seriez tenu de prouver, autrement que par la simple allégation de l'ancienneté de mon titre, l'existence de la prescription invoquée.

Le demandeur se trouve ainsi astreint à l'une ou à l'autre preuve. Il doit prouver ou sa possession actuelle, ou, à son défaut, la non prescription de son titre.

11. Quand nous parlons ici de possession, nous entendons celle dont le droit réclamé est susceptible. S'agit-il d'une servitude, ce sera la servitude qui devra être actuellement possédée; s'agit-il d'un droit de propriété, ce sera la chose même qui devra l'être. La possession de l'héritage grevé d'une servitude peut, en effet, se concilier parfaitement avec la possession de la servitude, sans que l'une absorbe l'autre. Ces deux possessions peuvent coexister sans s'exclure, et le propriétaire du fonds servant peut très bien se dire en possession de son héri-

(1) Pardessus, *Des servitudes*, t. 2, n° 308. — Demolombe, t. 12, n° 1015. — Cass., 15 fév. 1842. Sirey, 42, 1, 344.

tage, quant à la propriété, sans que la partie qui réclame la servitude cesse d'être elle-même en possession actuelle de ce droit, si réellement elle l'exerce.

Quant à la preuve de cette possession actuelle, elle résultera, soit de l'aveu de l'adversaire, soit d'une enquête, soit d'un jugement possessoire, soit du rôle des parties dans l'instance, soit de la nature de la juridiction saisie. L'on conçoit, en effet, que le porteur du titre peut être demandeur, bien qu'il possède actuellement, et que par suite il n'ait aucune preuve à faire à l'appui de son titre combiné avec la possession. L'on comprend encore qu'il peut être défendeur, sans être pour cela dispensé de prouver sa possession intermédiaire, si son adversaire a obtenu contre lui un jugement possessoire. Ce sont donc moins ces qualités de demandeur ou de défendeur que l'on doit considérer dans la forme, que le fait de possession actuelle au moment de l'introduction de la demande.

12. Ce que nous venons de dire est inapplicable, lorsque celui qui se prétend propriétaire fait preuve de son droit de propriété par la production d'un titre remontant même à plus de trente ans, et que son adversaire soutient avoir acquis lui-même la propriété au moyen de la prescription de dix, vingt ou trente ans. C'est à ce dernier, alors même qu'il a pour lui la possession actuelle, à prouver la possession sur laquelle il fonde la prescription qu'il invoque. Le titre produit par le demandeur est, en effet, présenté, non pas comme titre obligatoire et exécutoire à l'égard du défendeur, mais seulement comme justification de sa propriété, quelle qu'en soit la date. Le défendeur ne saurait donc en opposer l'ancienneté, comme preuve de son extinction, puisqu'il s'agit pour lui de la prescription à l'effet d'acquérir, et nullement, comme dans les hypothèses examinées précédemment, de la prescription à l'effet de se libérer (1).

(1) Voy. Riom, 4 juillet 1857. Sirey, 58, 2, 103. — Cass., 22 juin 1864. Sirey, 64, 1, 349. — 22 mai 1865. Sirey, 65, 1, 359. —

13. Il est, du reste, de toute évidence que, lorsque le titre constitue une obligation, dont l'objet n'est pas susceptible d'une possession civile, c'est au possesseur de ce titre qui en poursuit l'exécution et auquel on oppose la prescription, à prouver que, malgré son ancienneté, il n'est pas prescrit. Le débiteur, a, en effet, une preuve de la prescription qu'il allègue, dans le seul rapprochement de la date de l'exigibilité du titre et de l'époque de la demande. Le créancier doit dès lors prouver que la prescription a été suspendue ou interrompue.

14. C'est une conséquence des droits attachés à la propriété et de sa condition d'affranchissement naturel, que celui qui réclame une servitude est tenu de justifier la légitimité de sa demande, en établissant que la servitude résulte, soit des dispositions de la loi, soit de la situation des lieux, soit de la convention, soit de la prescription par l'usage.

Si cette preuve est à sa charge, lorsque directement et par l'action que l'on appelle confessoire, il se porte demandeur et conclut à la reconnaissance et à l'exercice de son droit prétendu, elle ne cesse pas de lui incomber, lorsque le propriétaire de l'héritage qu'il prétend être grevé de servitude en sa faveur, intente lui-même l'action qu'on appelle négatoire, et que, prenant l'initiative, il conclut à ce que son héritage soit reconnu libre et affranchi de toute servitude, avec défense de le troubler à l'avenir dans sa possession. Le demandeur n'a pas à établir la liberté de son immeuble, ou plutôt la preuve s'en trouve naturellement faite, puisque son titre d'affranchissement se puise dans la loi même; et c'est au défendeur à prouver qu'il a acquis la servitude d'une manière quelconque.

Cette preuve reste à sa charge, alors même qu'un jugement rendu au possessoire l'aurait maintenu dans la possession et

27 déc. 1865. Sirey, 66, 1, 205. — Aix, 29 février et 15 mars 1872. Sirey, 73, 2, 49. — Cass., 13 juillet 1870. Sirey, 70, 1, 397. — Pau, 8 mai 1872. Sirey, 73, 2, 79. — Bordeaux, 18 déc. 1879. Sirey, 80, 2, 109. — 6 avril 1883. Sirey, 83, 2, 148.

l'usage de la servitude (1). Un semblable jugement n'a pas pour effet d'intervertir l'obligation de la preuve, et il produit encore le résultat utile qui lui est propre, en maintenant le défendeur dans la possession de la servitude, sans qu'il ait à invoquer pour cela d'autre titre que sa possession même. Mais au pétitoire, alors qu'il s'agit d'établir le fond du droit, le propriétaire, trouvant dans son droit même de propriété prouvé et reconnu la preuve de l'affranchissement de son héritage, c'est au défendeur qui prétend exercer un droit de servitude à combattre cette preuve, qui est toute faite, par une preuve directement et positivement contraire.

Ainsi, la partie qui, au possessoire, a été maintenue en possession d'une servitude de passage, en cas d'enclave ou dans tout autre cas, doit prouver au pétitoire qu'elle a acquis cette servitude, soit à l'effet de se libérer de l'indemnité due au propriétaire du fonds servant, soit à l'effet d'établir définitivement son droit de servitude, quant au mode de son exercice et l'emplacement de la servitude (2).

15. Mais lorsque la loi attache elle-même à certaines circonstances déterminées l'existence et l'établissement d'une servitude, c'est au propriétaire de l'immeuble grevé à prouver qu'il est affranchi. Et cette preuve continue de rester à sa charge, alors même qu'au possessoire il a été maintenu ou réintégré dans la libre possession et jouissance de son héritage.

Ainsi, la présomption de propriété attachée à la possession annale qui a servi de fondement à un jugement possessoire,

(1) Toullier, t. 3, n° 714; et t. 7, p. 23. — Zachariæ, t. 1, p. 472; et t. 5, p. 587, 1re édit., et t. 2, p. 398, et t. 8, p. 158, 4e édit. — Demolombe, t. 12, n° 957. — Grenoble, 14 juill. 1832. Sirey, 33, 2, 11. — *Contrà,* Duranton, t. 5, n° 641. — Pardessus, *Servitudes,* t. 2, n° 324.

(2) Limoges, 28 juill. 1842. Sirey, 43, 2, 25. — Agen, 30 nov. 1852. Sirey, 54, 2, 8. — *Contrà,* Limoges, 15 fév. 1837. Sirey, 38, 2, 173. — 20 nov. 1843. Sirey, 44, 2, 158.

est insuffisante pour détruire la présomption de mitoyenneté établie par la loi, soit pour un mur (1), soit pour une haie ou un fossé (2). La possession suffisante dont parle l'article 670, et qu'il exige pour détruire la présomption de mitoyenneté, ne doit s'entendre que d'une possession équivalente à titre, c'est-à-dire trentenaire et opérant la prescription.

Les divers cas que nous venons d'examiner appartiennent sans doute à des matières spéciales. Leur citation nous a paru néanmoins utile, pour mieux faire comprendre les principes relatifs à la charge de la preuve, et l'ordre alternatif dans lequel chaque partie doit s'en acquitter.

16. Le double principe posé par l'article 1315 est, dans son application, indépendant de la nature des faits à prouver et de la difficulté ou de l'impossibilité même où serait la partie qui doit les établir d'en administrer la preuve.

Cependant d'anciens glossateurs, se fondant sur divers textes de la loi romaine, dénaturés et mal compris, avaient établi une distinction entre les faits positifs et les faits négatifs. Ils prétendaient que les faits de cette dernière espèce n'étaient pas susceptibles d'être prouvés en justice. Ajoutons qu'ils avaient eux-mêmes limité leur prétendu principe par de nombreuses exceptions, et qu'ils avaient fini par ne l'appliquer, si tant est qu'il subsistât après de semblables restrictions, que lorsqu'il s'agissait d'un fait négatif d'une manière

(1) Toullier, t. 3, n° 188. — Pardessus, *Servitudes,* n° 161. — Zachariæ, t. 2, p. 45, nte 5, 1re édit., et t. 2, p. 422, 4e édit. — *Contrà,* Duranton, t. 5, n° 314.

(2) Zachariæ, t. 2, p. 50, nte 26, 1re édit., et t. 2, p. 433, nte 71, 4e édit. — Demolombe, t. 11, nos 349, 350 et 475. — Bourges, 26 mai 1825. Sirey, 26, 2, 108. — Angers, 7 juill. 1830. Sirey, 31, 2, 104. — Bourges, 31 mars 1832. Sirey, 32, 2, 496. — Douai, 15 fév. 1836. Sirey, 37, 2, 116. — Poitiers, 23 juin 1836. Sirey, 37, 2, 116. — Cass., 13 déc. 1836. Sirey, 37, 1, 215. — Bourges, 31 mars 1837. Sirey, 37, 2, 265. — Cass., 17 janv. 1838. Sirey, 38, 1, 123. — *Contrà.* Toullier, t. 3, n° 229. — Pardessus, *Servitudes,* n° 183. — Duranton, t. 5, n° 390.

indéfinie, qu'il était impossible de préciser par une détermination de temps, de lieu et de circonstances.

Les meilleures interprètes du droit se sont appliqués à démontrer ce qu'il y a de faux et de vain dans une pareille doctrine. Si, aujourd'hui encore, on entend dire quelquefois qu'une négative ne se prouve point, c'est par un reste de vieux préjugé dont une raison mieux éclairée doit s'affranchir.

On peut, sans doute, imaginer des négatives tellement indéfinies qu'il est impossible d'en fournir la preuve directe ou même indirecte. Mais il est difficile d'admettre, quelque hypothèse que l'on crée, que de semblables négatives puissent jamais servir de fondement à l'acquisition ou à l'extinction d'un droit, principe de toute contestation judiciaire. L'expérience et la raison enseignent, au contraire, que les faits, quels qu'ils soient, positifs ou négatifs, servant à fonder l'acquisition ou l'extinction d'un droit, sont toujours et nécessairement définis et limités par certaines circonstances précises de temps, de lieu, de qualités, de personnes, et qu'ainsi ils se convertissent le plus souvent en faits positifs, ce qui suffit pour écarter la prétendue maxime, qu'une négative ne se prouve pas.

Aussi, le Code civil nous offre-t-il lui-même des exemples de faits négatifs dont la preuve est cependant mise à la charge de la partie qui les invoque comme fondement d'un droit qu'elle réclame.

Il n'y a donc, quant à la charge de la preuve, aucune distinction à faire entre les faits négatifs ou positifs. Le demandeur ou le défendeur qui les allègue, pour fonder sur leur existence son action ou son exception, doit en rapporter la preuve, quelque difficulté qu'il éprouve à les établir. Tel est le principe fondamental, et on ne saurait le limiter par des exceptions que la loi n'a pas consacrées. Disons, avec Barthole (1), *ubicumque negatio est causa intentionis alicujus, sive*

(1) Sur la loi 8, *ff. De verb. oblig.*

agentis, sive excipientis, ei qui negat incumbit onus probandi; dans tous les cas où une négative sert de cause à une prétention quelconque, action ou exception, c'est à celui qui l'oppose qu'incombe la charge de la preuve (1).

Nous avons dit que le Code civil offre lui-même plusieurs exemples de négatives dont la preuve, suivant les principes généraux du droit, reste à la charge de celui qui en fait le fondement de son action ou de son exception. Ainsi, c'est au mari qui désavoue l'enfant, suivant l'article 316, à prouver qu'il a découvert la fraude depuis moins de deux mois, si on lui a caché la naissance de l'enfant.

Celui à qui on oppose la prescription de dix ans établie par l'article 1304 doit prouver, par voie d'exception, que le dol et l'erreur ont été par lui découverts depuis moins de dix ans.

Celui qui exerce l'action en répétition de l'indû doit prouver qu'il a payé par erreur ce qu'il ne devait pas.

Celui qui poursuit une déclaration d'absence est tenue d'établir que depuis un certain temps le présumé absent n'a point donné de ses nouvelles (115).

Celuî qui prétend qu'une servitude est éteinte par le non usage, doit l'établir, si son adversaire est en possession actuelle.

Le successeur irrégulier qui demande son envoi en possession de l'hérédité, doit prouver qu'il n'existe aucun parent qui se soit présenté pour la réclamer.

Quoi qu'il en soit, nous devons remarquer que lorsqu'il s'agit de faits négatifs, le juge ne doit exiger que l'espèce de preuve dont ils sont susceptibles, et se montrer plus ou moins facile à l'égard des éléments de conviction, suivant les circonstances de chaque cause particulière (2).

(1) Toullier, t. 8, n°s 16 et suiv. — Zachariæ, t. 5, p. 584, 1re édit., et t. 8, p. 155, 4e édit. — Marcadé, art. 1315, n° 2.

(2) Zachariæ, t. 5, p. 586, 1re édit., et t. 8, p. 156, 4e édit.

17. Il n'y a que les questions de fait qui puissent faire le sujet de la preuve judiciaire. Quant aux questions de droit, elles ne sauraient être l'objet d'une semblable preuve. La loi, alors que son existence est certaine et reconnue, peut sans doute donner lieu à des discussions, à des interprétations ; mais ce n'est jamais au moyen d'une preuve que son sens peut être fixé. Alors même que l'une ou l'autre partie invoque l'opinion des auteurs ou la jurisprudence des arrêts, ces allégations de sa part, repoussées et contredites par son adversaire, ne peuvent déterminer le juge à en ordonner la vérification au moyen d'une preuve proprement dite.

18. Les seuls points de fait qui soient susceptibles de preuve sont ceux qui sont de nature à justifier les prétentions de la partie qui les allègue. Si leur existence, en les supposant prouvés, ne devait exercer aucune influence sur le jugement de la cause, la preuve n'en devrait point être ordonnée. Il faut qu'ils soient ce qu'on appelle relevants; s'ils ne l'étaient pas, la preuve en serait vainement rapportée ; *frustra probatur quod probatum non relevat.*

Remarquez bien que nous ne disons pas qu'ils doivent être décisifs ; car chaque point de fait, isolément considéré, peut être insuffisant pour emporter la décision de la contestation ; et cependant, combiné avec les autres qui sont également admis en preuve, il peut exercer quelque influence et servir à déterminer la conviction du juge.

Les faits sont surtout non relevants lorsqu'ils tendent bien moins à justifier les prétentions du demandeur, qu'à combattre celles de son adversaire. Ainsi, vous offrirez vainement de prouver que mon héritage est grevé d'une servitude ; que la chose que je possède n'est pas ma propriété ; que je dois une somme de dix mille francs, si vous n'établissez pas que vous êtes personnellement propriétaire ou créancier. Il ne vous suffira pas de prouver que j'ai tort de dénier la dette ou la servitude, et de me prétendre propriétaire. La légitimité de

vos prétentions n'est point par cela même établie ; il est, au contraire, prouvé qu'elles sont sans fondement, puisque vous ne pouvez exciper d'aucun droit personnel, mais seulement du droit des tiers.

19. Lorsque la partie qui était tenue de rapporter une preuve ne l'a point fait, ou qu'elle l'a fait d'une manière incomplète, elle doit succomber dans son action ou son exception. Ses droits prétendus, n'étant point légalement prouvés, sont réputés non existants. L'autre partie conserve, dès lors, les avantages de sa position actuelle, puisqu'elle ne pouvait les perdre que par la justification des prétentions de son adversaire. *Actore non probante, qui convenitur, etsi ipse nihil præstet, obtinebit* (1), le demandeur ne prouvant point, le défendeur gagne son procès, quoiqu'il ne rapporte lui-même aucune preuve.

Toutefois, le juge peut, conformément à l'article 1367, déférer d'office le serment supplétoire sur la demande ou sur l'exception qui y est opposée.

Il n'y a point, d'ailleurs, à considérer la nature plus ou moins favorable de la cause. Quelque digne de faveur que soit sa prétention, le demandeur n'est jamais dispensé de rapporter la preuve des faits sur lesquels il la fonde.

Dans le cas même où le défendeur fait défaut, les conclusions de la partie qui le requiert ne sont adjugées que si elles se trouvent justes et bien vérifiées (150, C. pr.).

Et c'est pour cela que le doute est toujours en faveur de celui contre lequel la preuve devait être rapportée, soit qu'il s'agisse d'établir contre lui l'existence d'une obligation ou d'un droit, ou que, étant établis, il s'agisse d'en prouver la déchéance, la modification ou l'extinction.

Il s'ensuit encore que celui qui est poursuivi en désistement d'un immeuble qu'il possède actuellement, doit être maintenu

(1) L. 4, C. *De edendo.*

en la possession et propriété de cet immeuble, bien qu'il le possède depuis un temps insuffisant pour prescrire, si le demandeur ne prouve pas lui-même qu'il en a acquis la propriété par titre ou par prescription (1).

20. Quant au défendeur, comme son rôle est entièrement passif et expectant, il n'a qu'à opposer aux prétentions du demandeur une simple dénégation, sans qu'il soit obligé de lui communiquer les pièces qui peuvent établir le fondement de son action. Ce dernier, devant en administrer la preuve, était tenu de s'assurer, avant de l'intenter, des moyens d'en établir la légitimité (2). Mais il y a des devoirs de conscience et de bonne foi.

Cependant, comunication est due par toutes parties, des pièces qui leur sont communes, telles que celles qui dépendent d'une succession, d'une communauté, d'une société. Leur non communication peut même, suivant les circonstances, constituer un recel frauduleux.

21. La preuve contraire est, de droit, réservée au défendeur. Mais ce n'est pour lui qu'une faculté, et non une obligation. Lors donc qu'il fait cette preuve, ce n'est point par suite d'une nécessité de prouver qui ne saurait lui être imposée, mais uniquement par suite de l'intérêt qu'il a d'établir l'erreur et la fausseté des faits allégués par son adversaire.

22. Toute administration de preuve et, particulièrement, toute enquête supposent un débat né et actuel. Autrefois, cependant, il y avait des enquêtes dites d'examen à futur, qui se faisaient par provision ou par prévision, pour le cas où un procès viendrait à s'engager plus tard, la partie craignant de voir périr ses preuves. Ces enquêtes avaient lieu sur lettres

(1) Cass., 8 fév. 1843. Sirey, 43, 1, 271. — 22 nov. 1847. Sirey, 48, 1, 24. — 10 janvier 1860. Sirey, 60, 1, 340.

(2) Toullier, t. 8, n° 20.

délivrées aux chancelleries des parlemements, sans connaissance de cause, sans contradiction, au point de vue d'un seul intérêt. Par leur forme, par la facilité des subornations et des faux témoignages, elles offraient les plus graves inconvénients, quoiqu'on exigeât, pour en atténuer les abus, qu'elles fussent tenues closes et scellées jusqu'à ce que le moment de les produire fût venu, et qu'il fallût encore réentendre les témoins, si alors ils étaient vivants ou revenus dans le pays. Lors de la rédaction de l'ordonnance de 1667, M. le premier président Lamoignon insista vivement pour qu'elles fussent abrogées. L'expérience a fait voir jusqu'ici, disait-il, que les enquêtes d'examen à futur étaient inutiles, si l'on en usait bien, ou très dangereuses, si l'on en abusait, comme il arrive ordinairement (1). Elles furent, en conséquence, abrogées par l'article 1, titre 13, de l'ordonnance. On ne saurait douter qu'elles ne soient aujourd'hui également proscrites (2).

Mais il ne faut point confondre ce cas avec celui où, sur un débat contradictoire, les juges ordonneraient une enquête, une expertise, une constatation de l'état des lieux, soit afin de régler les dommages et intérêts éventuels résultant de travaux à faire, soit afin de déterminer, par mesure conservatoire, la direction de ces travaux, leur nature et leur mode de confection (3). Il y a procès né.

Article 1316.

Les règles qui concernent la preuve littérale, la preuve testimoniale, les présomptions, l'aveu de la partie et le serment, sont expliquées dans les sections suivantes.

(1) Voy. *Procès-verbal*, p. 328.

(2) Boncenne, t. 4, p. 259. — Chauveau, sur Carré, *Quest.* 992. — *Contrà*, Carré, *Quest.* 992.

(3) Voy. Besançon, 31 août 1844. Sirey, 45, 2, 625.

Sommaire.

COMMENTAIRE.

1. L'article 1316 énumère, en renvoyant l'explication de leurs règles aux sections suivantes, les divers éléments de preuve autorisés par la loi.

Nous les considérerons d'abord en eux-mêmes comme moyens d'opérer une certitude suffisante ; nous les considérerons ensuite sous le rapport de leur résultat, qui est la conviction du juge.

La loi indique ici cinq moyens de preuve, la preuve littérale, la preuve testimoniale, les présomptions, l'aveu de la partie et le serment.

2. Cependant, quant à l'aveu, on a prétendu qu'il était contraire à la logique de le ranger au nombre des moyens de preuve (1). On dit, qu'emportant une présomption légale de la vérité du fait avoué, il dispense par cela même celui qui l'invoque de toute preuve, et enlève au juge le pouvoir d'en exiger une. Nous ne saurions certainement donner des raisons plus fortes pour établir, au contraire, que l'aveu est un véritable moyen de preuve. Il emporte, dit-on, une présomption légale de la vérité du fait avoué ; donc, à ce titre de présom-

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 588, 1re édit., et t. 8, p. 159, nte 29, 4e édit.

tion légale, il constitue une preuve. Si la partie qui s'en prévaut est dispensée de toute autre preuve, et si le juge n'a pas le droit d'en exiger une, n'est-ce pas là une nouvelle raison pour conclure qu'il a bien réellement le caractère d'une preuve véritable? Car il serait singulier que l'autorité même qu'il a, à ce titre de preuve, lui en fît dénier le caractère.

Chose étrange! On ne fait pas difficulté de le considérer comme constituant un moyen de preuve, lorsque, au lieu de faire pleine foi, il est invoqué seulement comme indice et adminicule. Est-ce donc à dire que, plus il aura de puissance comme preuve, moins il en méritera le nom; qu'étant par lui-même une preuve complète, il n'en est pas un moyen? Mais ce n'est plus alors qu'une querelle de mots.

3. On a prétendu aussi (1), que le serment litis-décisoire ne constitue point, à proprement parler, un moyen de preuve. Sans doute, lorsqu'une partie défère le serment à l'autre, il s'établit entre elles une transaction, par laquelle celle qui le défère renonce à ses prétentions en cas qu'il soit prêté, et doit, au contraire, s'il ne l'est pas, obtenir l'adjudication de sa demande, sans être tenue d'en administrer autrement la preuve. Mais ce caractère de transaction qui apparaît dans la délation du serment, ne fait pas qu'il ne soit en réalité un moyen de preuve. Il n'est, en effet, autre chose que l'affirmation réputée sincère de la vérité d'un fait. Or, si ce fait, par cela seul qu'il est affirmé sous serment, est tenu judiciairement pour avéré, n'est-ce pas parce que le serment est un moyen légal de preuve, ainsi que le déclare formellement la loi?

Que si le serment n'est point prêté, le refus même de le prêter est un aveu implicite de l'illégitimité des prétentions de celui à qui il a été déféré ou référé. Il est alors, au même titre que l'aveu, un moyen de preuve.

(1) Zachariæ, *ibid.*, 1re édit., et t. 8, p. 159, nte 28, 4e édit.

Veut-on dire que le serment est plus que cela; qu'il constitue une preuve pleine et entière, avec des effets qui lui sont propres? Soit; nous répèterons encore que ce n'est plus qu'une querelle de mots.

4. Aux moyens de preuve énumérés dans l'article 1316, il faut en ajouter d'autres, tels que les visites de lieux, les expertises facultatives ou obligatoires qui servent, comme moyens d'instruction, soit que le juge les ait ordonnées d'office ou sur la demande des parties, à compléter ou à fournir les éléments de preuve nécessaires pour la solution de la contestation.

5. Nous avons déjà fait la remarque, et nous en donnerons plus tard l'explication, que la loi distingue entre les divers moyens de preuve, qu'elle ne les admet pas tous également, et qu'elle impose au juge l'obligation de former sa conviction sur les seuls éléments qu'elle considère comme exclusivement indispensables pour que les faits soient légalement tenus pour avérés. Les moyens de preuve se distinguent donc, avant tout, en ceux qui sont admissibles, et ceux qui ne le sont point, suivant la nature du fait qu'il s'agit d'établir. Ainsi, quand la preuve littérale est toujours admissible, la preuve testimoniale ne l'est pas également.

Mais pour savoir si une preuve est admissible ou non, il faut se reporter au moment où s'est accompli le fait sur l'existence duquel le demandeur fonde ses prétentions. C'est la loi de cette époque, et non la loi nouvelle qui régit la preuve, soit sous le rapport de son admissibilité, soit sous celui de sa force probante. La loi nouvelle qui y a apporté quelque modification ne saurait être appliquée sans violation du principe de la non rétroactivité (1).

6. La preuve se distingue encore en preuve directe ou indirecte. Elle est directe, lorsque s'appliquant précisément au

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 589, 1re édit.

fait contesté, elle tend à l'établir d'une manière immédiate et formelle. Telle est la preuve qui résulte des actes, des titres, des dépositions des témoins, de l'aveu de la partie.

Elle est indirecte, lorsque, sans s'appliquer précisément au fait en question, elle tend à en établir l'existence au moyen des inductions tirées de l'existence d'autres faits avérés ou reconnus. Cette espèce de preuve, fondée sur le raisonnement, n'est autre chose que les présomptions de fait, dont l'appréciation est livrée au juge. Elle est plus ou moins forte, suivant les rapports qui existent entre les faits préalablement établis, et celui qu'il s'agit d'établir. Les indications qui en résultent peuvent, en effet, avoir un caractère plus ou moins marqué de nécessité, de vraisemblance ou de simple probabilité.

La jurisprudence a, enfin, emprunté à la rhétorique la division des preuves en artificielles et inartificielles. La preuve est artificielle lorsque c'est l'art qui la trouve et même la crée, et qu'ensuite il s'applique à tirer d'habiles et ingénieuses inductions des faits et des circonstances; telles sont les variations, les contradictions, les mensonges habilement présentés, relevés et discutés. Elle est inartificielle, lorsque, sans le secours de l'art, elle suffit par elle-même pour établir la certitude légale; tels sont un acte écrit, une déposition formelle de témoins (1).

7. Nous allons voir que sous le rapport de la conviction du juge, la preuve est encore susceptible de nouvelles divisions.

Elle est complète ou incomplète, suivant qu'elle est de nature à opérer une entière ou une imparfaite conviction. En ce dernier sens, on dit une demi-preuve, non point pour exprimer une demi-vérité ou une demi-fausseté, qui ne peut exister; mais pour désigner un simple indice, une présomption insuffisante en elle-même pour produire une certitude

(1) Toullier, t. 8, n° 6.

légale; indice et présomption capables néanmoins d'établir, à des degrés divers, une vraisemblance, une probabilité qui, avec le concours d'autres adminicules de preuve, peuvent opérer une entière conviction.

La preuve est pertinente ou impertinente, concluante ou non concluante, suivant que les faits qu'il s'agit de vérifier ont trait ou non à la contestation, et que leur existence, une fois avérée, doit exercer ou non une influence plus ou moins décisive sur sa solution.

8. Il appartient en général au juge d'apprécier le degré de force probante des moyens de preuve comme éléments de conviction. La loi, cependant, a pris soin de limiter elle-même sur ce point le pouvoir discrétionnaire des tribunaux. Elle a déterminé, en effet, le degré de foi due à certains moyens de preuve, et y a plié la conscience du juge, de telle sorte que, sous peine de violation de la loi ou d'abus de pouvoir, il est obligé d'y soumettre sa conviction.

En cela, la mission du juge diffère de celle du jury. La loi ne demande pas compte à ce dernier des moyens par lesquels il s'est convaincu. Elle ne lui prescrit point de règles, desquelles il doive faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve. Elle ne lui fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de ses devoirs : Avez-vous une intime conviction (342, C. inst. crim.)?

Le droit civil, au contraire, assujettit le magistrat à des règles déterminées, et en même temps qu'il veut qu'il soit convaincu, il lui demande compte des éléments de sa conviction.

D'un autre côté, lorsqu'il s'agit de faits tenus pour légalement constants et avérés, le juge ne peut ni ne doit exiger d'office, ni admettre, sur la demande des parties, aucune sorte de preuve. Ainsi, aucune preuve n'est admissible contre les présomptions légales de légitimité, d'interposition de personnes, ou celles que la loi attache, dans les rapports des

parties entre elles, à l'aveu, au serment, ou à la chose jugée (1).

Du moins, lorsque la loi tient pour constants et avérés certains faits en vertu d'une présomption générale ou particulière, la preuve contraire ne peut être admise ou exigée que dans le cas d'une exception formelle.

9. Mais ce n'est point assez que le juge soit convaincu de la vérité du fait, il doit l'être comme magistrat, suivant les règles qui déterminent l'admissibilité et la force probante des moyens invoqués comme éléments de conviction.

Il ne doit, en conséquence, se décider que suivant les faits articulés et prouvés par les parties, *secundum allegata et probata judicare debet*. Cette double condition d'articulation faite et de preuve administrée est rigoureusement indispensable.

Il s'ensuit que le juge ne peut tenir un fait pour avéré, par cela seul qu'il en a personnellement la connaissance acquise (2). Quels dangers n'y aurait-il pas dans le pouvoir arbitraire qui lui serait accordé d'opposer sa connaissance personnelle aux preuves légalement rapportées, et de juger sur le témoignage, souvent faux et trompeur, qu'il se rend à lui-même sans contradiction !

Ce principe ne nous paraît pas cependant d'une si inflexible rigueur que le juge ne puisse, à l'aide de la connaissance positive qu'il a personnellement du fait en question, sinon contredire les preuves acquises légalement, ni suppléer le défaut d'articulation de la part des parties litigantes, du moins fortifier, pour compléter sa conviction, les indices, les présomptions, les probabilités et les vraisemblances qui déjà constituent un commencement de preuve. On prétendrait

(1) Toullier, t. 8, n° 38. — Zachariæ, t. 5, p. 58, 1re édit., et t. 8, p. 153, 4e édit.

(2) Toullier, t. 8, n° 39. — Zachariæ, t. 5, p. 582, 1re édit., et t. 8, p. 583, 4e édit. — Duranton, t. 13, n° 9. — Montpellier, 23 nov. 1852. Sirey, 53, 2, 239.

vainement interdire à sa conscience l'exercice d'un pouvoir ainsi restreint que la morale approuve et que la loi cesse de condamner; sa conscience révoltée ne se soumettrait pas. Mais il ne saurait user de ce pouvoir que dans les cas particuliers où la loi l'autorise à se prononcer sur de simples présomptions ou sur la preuve testimoniale. Le plus souvent enfin la connaissance qu'il aura personnellement du fait le déterminera à s'abstenir, par suite d'honorables scrupules de conscience.

Sous les mêmes restrictions, nous ne voyons pas pourquoi il lui serait interdit de se prononcer sur la notoriété publique, pourvu qu'elle soit elle-même incontestée ou parfaitement établie (1). Mais il ne doit la consulter qu'avec une réserve extrême, et ne jamais perdre de vue, quand il l'interroge, que les éléments en sont souvent insaisissables, et qu'elle peut être le résultat, quelquefois frauduleusement accrédité, de préjugés, de préventions et d'erreurs populaires.

10. La preuve n'est enfin réputée régulièrement faite que lorsqu'elle a été administrée suivant les formes de procédure indiquées par la loi, en vue d'établir précisément le fait qui fait l'objet de la contestation (2), dans l'instance engagée à ce sujet entre les parties, et contradictoirement avec celle à qui on prétend l'opposer.

Ainsi le juge ne peut tenir pour légalement avérés les faits de l'existence desquels il emprunterait la preuve à une enquête faite dans une autre instance engagée entre des parties différentes, ou entre les mêmes parties (3), ni à une enquête faite devant des arbitres dont les pouvoirs seraient expirés

(1) Voy. cep. ZACHARIÆ, *ibid.*

(2) Cass., 16 janv. 1839. SIREY, 39, 1, 111. — 17 mars 1847. SIREY, 47, 1, 346. — 28 avril 1874. SIREY, 74, 1, 320. — 21 mai 1873. SIREY, 78, 1, 408. — 31 déc. 1878. SIREY, 79, 1, 463. — 25 janv. 1881. SIREY, 81, 1, 196.

(3) TOULLIER, t. 8, nos 26 et 29.

ou révoqués (1), ou dans une instance qui aurait été frappée de péremption (2).

Une enquête ne peut même être opposée à celui qui a été partie dans l'instance, s'il n'y a été appelé ou représenté, ou s'il n'y a assisté (3).

Les tribunaux civils ne peuvent enfin puiser la preuve du fait en question dans l'instruction suivie devant une juridiction différente, répressive (4) ou administrative. Car il ne suffit pas que le juge sache, il doit savoir dans l'ordre de sa juridiction; *non sufficit judex sciat, sed ordine juridictionis sciat oportet,* alors du moins que la loi règle les conditions de la preuve et en détermine la valeur.

Mais nous devons faire une double observation; la première, que nous ne préjugeons rien sur la question relative à l'influence réciproque de la chose jugée au civil et au criminel, question que nous examinerons plus loin, sous l'article 1351, et au sujet de laquelle nous montrerons que le fait déclaré constant par une décision passée en force de chose jugée au criminel doit également être tenu pour avéré au civil, à l'égard de la personne condamnée, alors qu'elle est poursuivie par la partie lésée en réparation du dommage causé, sans qu'elle puisse dans cette seconde instance soutenir qu'elle n'est pas l'auteur du fait, et exiger que la preuve en soit de nouveau administrée.

Notre seconde observation, c'est que le principe que nous avons posé plus haut, cesse d'être applicable lorsque le juge est autorisé à décider le débat dont il est actuellement saisi au moyen de présomptions simples. Ainsi, le tribunal civil saisi d'une action en nullité d'un concordat pour cause de dol et de fraude, peut puiser dans les résultats d'une pro-

(1) Voy. l. 20, C. *De test.* — TOULLIER, t. 8, n° 27.
(2) Art. 401, C. pr. — TOULLIER, t. 8, n° 28.
(3) ZACHARIÆ, t. 5, p. 583, 1re édit., et t. 8, p. 161, 4e édit. — Cass., 11 janv. 1815. SIREY, 15, 1, 255.
(4) ZACHARIÆ, *ibid.* — TOULLIER, t. 8, nos 30 et suiv.

cédure criminelle antérieure en banqueroute frauduleuse, les éléments de sa conviction. Comme, dans ce cas, la loi ne détermine aucune règle de laquelle dépendent la plénitude et la suffisance de la preuve, il a, quant à l'examen des faits et circonstances de la cause, un pouvoir discrétionnaire d'appréciation (1).

Il peut de même, alors même que la personne accusée de faux a été acquittée, déclarer fausse la pièce arguée, en fondant sur les documents fournis par l'instruction criminelle le principe de sa conviction (2).

Mais, d'un autre côté, si aucune loi ne lui défend de faire résulter des présomptions suffisantes des documents d'une procédure criminelle et d'y puiser les éléments de sa conviction, rien non plus ne lui en impose l'obligation. Il lui est donc également loisible de voir ou de ne pas voir un commencement de preuve écrite dans la déposition faite par la partie à laquelle on l'oppose, à titre de témoin, dans une instruction criminelle (3).

De même, il peut trouver un commencement de preuve écrite, rendant dès lors admissibles les simples présomptions, dans les mémoires signés de la partie à laquelle on l'oppose, et notifiés par elle dans une instance différente de la contestation actuelle, et où le demandeur n'a même pas été partie (4).

Mais ces questions rentrent plus spécialement dans le commentaire d'autres articles.

(1) Cass., 2 juin 1840. Sirey, 40, 1, 638. — 22 juin 1843. Sirey, 44, 1, 303. — Agen, 14 janv. 1851. Sirey, 51, 2, 781. — Cass., 31 janv. 1859. Sirey, 60, 1, 747. — 2 mai 1864. Sirey, 64, 1, 321. — 22 fév. 1876. Sirey, 76, 1, 168. — 10 avril 1876. Sirey, 76, 1, 269. — 19 juillet 1876. Sirey, 77, 1, 147.

(2) Bordeaux, 21 juill. 1851. Sirey, 51, 2, 718.

(3) Cass., 18 mai 1840. Sirey, 40, 1, 640.

(4) Cass., 27 avril 1840. Sirey, 40, 1, 728.

SECTION Ire.

DE LA PREUVE LITTÉRALE.

§ Ier. *Du titre authentique.*

Article 1317.

L'acte authentique est celui qui a été reçu par officier public ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises.

Sommaire.

1. Supériorité de la preuve littérale.
2. Elle comprend toute sorte d'écrits.
3. Sens des mots acte, titre, contrat.
4. Définition de l'acte authentique. Ce qu'il comprend.
5. Conditions nécessaires à l'acte authentique. Il faut qu'il soit reçu par un officier public,
6. Ayant cette qualité au moment de l'acte,
7. Remplissant les conditions exigées pour sa nomination, sauf erreur commune ;
8. Sans qu'il existe aucun empêchement spécial en ce qui concerne l'acte ;
9. Que l'officier public ait droit d'instrumenter ;
10. Que l'acte soit reçu dans son ressort,
11. Avec les solennités requises.
12. Des notaires et de leurs actes.
13. Leur ressort.
14. Notaire destitué, révoqué ou suspendu.
15. Parenté ou alliance du notaire avec les parties. Sens du mot partie. Comprend-il le mandataire ?
16. Intérêt personnel du notaire dans l'acte qu'il reçoit.
17. Comment les actes notariés sont reçus. Témoins instrumentaires.
18. Ils doivent être citoyens français, sens de ces mots.
19. Autres qualités exigées d'eux.
20. De l'erreur commune sur la capacité putative des témoins.
21. Enonciations que doivent contenir les actes notariés. Date. Rectification d'erreur.

22. De la signature.
23. De la place où doivent être faites certaines mentions.
24. Des renvois et apostilles.
25. Des surcharges, interlignes et additions.
26. Les notaires doivent garder en général minute de leurs actes.
27. L'acte peut être écrit par le notaire ou toute autre personne.
28. Enonciations que l'acte doit contenir sous peine d'amende.
29. Des ratures.
30. Les amendes de la loi de l'an XI, réduites par la loi de 1824. Mention de la patente dans les actes.
31. De la délivrance des grosses.
32. De l'enregistrement des actes notariés.
33. Ils doivent être rédigés en français.
34. Formes spéciales des testaments authentiques. Des témoins.
35. Suite.
36. De la capacité du notaire.
37. Rédaction des testaments. Mentions qu'ils doivent contenir.
38. Formes du testament mystique.
39. Loi du 21 juin 1843 sur la réception des actes notariés.
40. Si le dépôt chez un notaire d'un écrit privé peut conférer à cet acte le caractère d'authenticité.

COMMENTAIRE.

1. De tous les genres de preuve, la preuve littérale, c'est-à-dire celle qui résulte des actes écrits, est celle à laquelle la loi accorde le plus de confiance. Cette préférence est d'ailleurs fondée sur son caractère et sa nature même. La preuve littérale a, en effet, toute l'autorité qui s'attache à un monument écrit, destiné à établir le fait et à en fixer la mémoire, sans que ses auteurs aient eu, au moment de sa rédaction, d'autre intention, d'autre but et d'autre intérêt que de constater la vérité. Ce qui la place surtout au-dessus de la preuve testimoniale, c'est qu'elle conserve, sans altération, un souvenir durable et permanent, et qu'elle présente des garanties d'impassibilité et d'impartialité que ne saurait offrir un simple témoignage oral.

On comprend que ce genre de preuve, le dernier usité dans l'ordre des temps, n'a pu appartenir qu'aux peuples civilisés. Il a été de beaucoup précédé par la preuve testimoniale; car,

les hommes ont été forcés, dans le principe, de confier à la mémoire de leurs contemporains les actes de leur vie civile, comme ils l'ont été d'abandonner le souvenir des actes de leur vie politique à la tradition, qui n'est que le souvenir accumulé des générations successives. On peut donc dire que la preuve littérale appartient à la civilisation, et la preuve testimoniale à la barbarie. La première est toujours un progrès. Elles ont sans doute toutes deux le même fondement dans le témoignage des hommes; mais on peut remarquer entre elles, si cette comparaison ne paraît pas trop ambitieuse, la même différence qu'entre l'histoire et la tradition.

Les passions plus vives et plus agissantes de l'intérêt privé corrompent souvent les preuves judiciaires. Nulle d'entre elles n'est à l'abri de ce péril. La preuve littérale peut être altérée et corrompue dans ses éléments. L'écriture, comme la parole dont elle n'est que l'expression figurée, se prête au mensonge et à la fraude. Mais, sous ce rapport, elle offre moins de dangers et éveille moins de soupçons que la preuve orale, où l'homme, quand il ne se trompe pas de bonne foi, excuse son mensonge par un prétexte d'erreur, et n'a fort souvent que sa conscience pour complice et témoin de son faux témoignage.

Comme la preuve littérale n'est jamais repoussée, tandis que la seconde l'est dans beaucoup de cas, elle est, en réalité, le genre de preuve dominant et de droit commun. Celle-ci, au contraire, constitue un genre de preuve inférieur et exceptionnel dans le droit civil.

2. La preuve littérale, ainsi que nous le verrons dans le cours de notre commentaire, a une autorité plus ou moins considérable, suivant le caractère de l'écriture de laquelle elle résulte. Elle comprend, en effet, les actes authentiques et les actes sous signatures privées; les actes originaux et les copies; les actes primordiaux et les actes récognitifs, et, accessoirement à cette triple classification, elle comprend encore les contre-lettres, les registres des marchands, les écritures

domestiques, les lettres missives, les simples annotations, et enfin les tailles, qui sont une sorte d'écriture.

3. Nous devons commencer par déterminer le sens de quelques expressions qui sont indifféremment employées par le législateur pour signifier la preuve littérale. Le mot acte est une expression générale, *actum verbum generale est* (1); il signifie ce qui a été fait, le fait même de la convention ou de la disposition de laquelle résultent des droits ou des obligations juridiques. Ici il est pris dans le sens de l'écrit destiné à constater la convention ou la disposition. On dit alors dans cette acception particulière, un acte instrumentaire, ayant pour but d'instruire de ce qui a été fait.

Dans ce dernier sens, la loi se sert indifféremment du mot titre. Ainsi, elle dit le titre authentique, le titre original, copie de titres, comme elle dit l'acte sous seing-privé, l'acte recognitif et confirmatif. Cette expression de titre a, néanmoins, une autre acception fort remarquable. Elle signifie la cause d'une obligation ou d'un droit; titre onéreux, titre gratuit, titre d'acquéreur, titre d'héritier. Pris en ce sens, le titre ne suppose même pas qu'il y ait un acte destiné à constater l'existence du droit ou de l'obligation qu'il sert à causer et à qualifier.

On dit enfin un contrat, toujours dans le sens d'un acte, d'un titre écrit, bien qu'à proprement parler ce mot ne doive exprimer que la convention qui a été faite entre les parties. Il est même à remarquer que l'on n'emploie pas d'autre expression, tant elle y semble consacrée, pour exprimer l'acte qui contient les conventions faites, relativement aux biens, entre les époux.

4. L'article 1317 définit l'acte authentique : c'est celui qui a été reçu par un officier public ayant le droit d'instrumenter

(1) L. 19, *ff. De verb. oblig.*

dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises,

Il semble résulter des expressions employées par notre article qu'il a particulièrement en vue les actes émanés de cette classe de fonctionnaires que l'on nomme officiers ministériels. Il convient, cependant, de l'entendre dans le sens le plus général, et de donner à ses termes toute l'extension qu'ils comportent. Ces mots, officiers publics, signifient toute personne revêtue d'un caractère public, investie de l'autorité publique. Et, quant à l'expression d'instrumenter, elle n'a d'autre sens que celui d'accomplir l'acte, de le recevoir, de le rédiger.

Ainsi entendu, l'acte authentique comprend les actes politiques émanés des pouvoirs législatif et exécutif;

Les actes administratifs émanés des préposés, agents et employés des différentes administrations publiques;

Les actes judiciaires qui embrassent les divers actes de procédure, d'instruction, de jugement, qui ont pour objet d'introduire l'action, de lier l'instance, d'instruire le procès, d'en consommer la décision ;

Les actes extra-judiciaires qui renferment tous les autres actes ne rentrant pas dans l'une des classes précédentes, et plus spécialement ceux qui, émanés d'officiers ministériels, ont pour objet d'assurer l'exécution ou d'établir la preuve de droits et d'obligations juridiques, dans l'ordre des intérêts privés.

Nous insisterons surtout sur les actes de cette dernière espèce.

5. A quelque classe qu'il appartienne, l'acte authentique est soumis à certaines conditions de formes essentielles, auxquelles est subordonné le caractère de l'authenticité.

1° Il faut d'abord qu'il soit reçu par un officier public, en cette qualité. Il ne serait pas authentique s'il avait été reçu par un fonctionnaire, en une qualité autre que celle en laquelle il peut régulièrement l'accomplir, ou en la qualité de simple particulier, laquelle ne lui confère aucun droit d'instrumenter.

6. 2° Il doit, au moment même où il reçoit l'acte, avoir la qualité d'officier public. S'il avait été suspendu, révoqué ou remplacé, et que sa suspension, sa révocation ou son remplacement lui eût été régulièrement notifié, l'acte qu'il aurait reçu depuis cette notification, n'émanant pas d'un officier public, n'aurait aucun caractère d'authenticité.

Lorsque les suspensions et révocations résultent de décisions judiciaires, elles sont notifiées dans les mêmes formes que les jugements.

Mais si les suspensions, révocations ou remplacements résultent d'actes administratifs, ils sont notifiés par simples lettres d'avis, qui peuvent même, en cas de révocation ou de remplacement, être suppléées par la notoriété, telle que l'insertion dans les actes officiels, l'installation et la prise de possession du nouveau titulaire.

7. 3° Si l'officier public avait été nommé, quoiqu'il ne remplît point, sous certains rapports, tels que ceux de l'âge, du diplôme, de la nationalité, quelques-unes des conditions spéciales ou générales, requises pour l'exercice des fonctions qui lui ont été conférées, nonobstant l'irrégularité de sa nomination, l'acte qu'il aurait fait comme officier public ne laisserait pas de valoir comme authentique. Telle est la décision d'une fameuse loi romaine (1). Barbarius Philippus, esclave fugitif, fut nommé préteur à Rome. Ses édits, ses décrets, ses actes furent maintenus dans un intérêt public, *propter utilitatem eorum qui apud eum egerunt*. Telle est la décision d'Ulpien.

8. 4° Indépendamment de sa capacité générale et absolue comme officier public, il faut qu'il n'existe aucun empêchement particulier qui s'oppose à ce qu'il puisse valablement

(1) L. 3, *ff. De off. prœt.* — L. 2, C. *De sent. et interl. omn. jud.* — Duranton, t. 13, n° 77. — Zachariæ, t. 5, p. 624, 1re édit., et t. 8, p. 200, 4e édit. — Bonnier, *De la preuve*, n° 354. — Marcadé, art. 1317, n° 2.

recevoir l'acte spécial qui rentre dans ses attributions. Tel est le cas où il lui est interdit de recevoir l'acte, parce qu'il l'intéresse personnellement, ou qu'il intéresse quelqu'un de ses parents ou alliés à un degré déterminé. L'acte cesse alors de valoir comme authentique. Nous aurons à revenir sur ce point en parlant des actes notariés.

9. 5° L'officier public doit avoir le droit d'instrumenter, c'est-à-dire que l'acte qu'il s'agit de recevoir doit rentrer dans les limites de ses attributions. Dans le cas contraire, il ne confère à son acte aucun caractère d'authenticité.

10. 6° Il ne suffit pas que l'acte rentre, par sa nature, dans ses attributions ; il faut, en outre, sous le rapport du lieu, qu'il soit reçu dans les limites de son ressort, c'est-à-dire du territoire assigné à l'exercice de ses fonctions. Cette condition de la compétence territoriale est aussi rigoureusement exigée que celle de la capacité personnelle, pour que l'acte puisse valoir comme authentique.

11. 7° Il faut enfin que l'acte soit reçu avec les solennités requises. Mais il faut distinguer entre celles qui ne sont exigées que sous peine d'amende, et celles qui le sont à peine de nullité. L'inaccomplissement de ces dernières empêche seul l'acte de valoir comme authentique. Quant à l'inobservation des autres, elle ne lui enlève point son caractère d'authenticité.

12. Nous n'entrerons point ici dans l'examen des lois, décrets et ordonnances qui règlent les attributions, la capacité et la compétence des divers fonctionnaires publics, ainsi que les solennités requises dans l'accomplissement des actes de leur ministère. Le moindre inconvénient d'un semblable travail, dont l'esprit peut à peine mesurer la monotone étendue et saisir les détails fastidieux, serait d'introduire un commentaire dans un autre, sans la moindre utilité.

Après nous être borné à poser les principes généraux, nous

nous contenterons donc d'entrer dans quelques détails sur les actes notariés. De tous les actes publics, ils sont en effet ceux qui offrent aux débats judiciaires la source la plus abondante de preuve littérale.

Les notaires sont les fonctionnaires publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions (art. 1, loi du 25 ventôse an XI).

Quelque étendues que soient leurs attributions, il est certains actes qui peuvent être faits concurremment ou même exclusivement par d'autres fonctionnaires ou officiers ministériels. Ce concours et cette exclusion sont établis et réglés par des dispositions particulières. Nous citerons comme exemples les offres réelles (1258) et les protêts (176, C. comm.), qui peuvent être faits soit par les notaires, soit par les huissiers.

13. Un ressort leur est assigné, hors duquel ils ne peuvent instrumenter à peine de nullité de l'acte (art. 6, 68).

Ils exercent leurs fonctions, savoir : ceux des villes où est établie une Cour d'appel, dans toute l'étendue du ressort de cette Cour; ceux des villes où il n'y a qu'un tribunal de première instance, dans l'étendue du ressort de ce tribunal; ceux des autres communes, dans l'étendue du ressort de la justice de paix (art 5).

14. Tout notaire suspendu, destitué ou remplacé, doit aussitôt après la notification qui lui est faite de sa suspension, de sa destitution ou de son remplacement, cesser l'exercice de ses fonctions, à peine de nullité de l'acte (art. 52, 68).

Les jugements qui prononcent une suspension ou destitution sont sujets à l'appel, et exécutoires par provision (art. 53).

15. Les notaires ne peuvent recevoir des actes dans lesquels leurs parents ou alliés en ligne directe à tous les degrés, et,

en collatérale, jusqu'au degré d'oncle et de neveu inclusivement, seraient parties, ou qui contiendraient quelque disposition en leur faveur, à peine de nullité (art. 8, 68).

Mais aucune disposition de la loi de ventôse ne déclare les notaires incapables de recevoir des actes dans lesquels leurs clercs ou serviteurs figureraient comme parties ou mandataires. Ces personnes ne sont même pas présumées de droit interposées aux nom et lieu du notaire (1).

Si les parents ou alliés du notaire n'étaient que mandataires de tiers étrangers, sans que, d'ailleurs, l'acte contînt aucune disposition en leur faveur, nous pensons que, même dans ce cas, il serait incapable de recevoir l'acte. Vainement on objecte qu'il n'est pas exact de dire que les parents ou alliés soient parties; que la véritable partie, c'est le mandant, et que, si le mandataire a un intérêt à la passation de l'acte, ce n'est qu'en ce qui touche l'accomplissement de son mandat (2).

Il est plus vrai, au contraire, que cet intérêt même suffit pour frapper le notaire d'incapacité; que pour contracter en nom qualifié, sous le nom d'un tiers, le mandataire n'en est pas moins réputé partie à l'acte; que cette qualité, jointe à l'intérêt quelconque qu'elle suppose, est incompatible, dans la pensée de la loi, avec les garanties d'une rédaction impartiale et désintéressée; qu'enfin l'opinion contraire tendrait à favoriser certaines spéculations de famille, en les couvrant du nom d'un prétendu mandant, qui n'interviendrait que pour faciliter ces opérations plus ou moins déshonnêtes (3).

Il est d'ailleurs indifférent que le mandat soit salarié ou non. Mais l'incapacité du notaire serait hors de toute contestation, si l'acte contenait quelque stipulation en faveur du mandataire, comme il arrive dans certains cas, où celui-ci est autorisé par

(1) Lyon, 11 fév. 1851. SIREY, 52, 2, 61.

(2) Grenoble, 7 juill. 1830. SIREY, 32, 2, 417.

(3) ZACHARIÆ, t. 5, p. 626, n[te] 11, 1[re] édit., et t. 8, p. 201, 4[e] édit.

le mandat à stipuler et à percevoir, à titre d'indemnité, quelque remise de la part du tiers avec lequel il traite en cette qualité.

La nullité de l'acte serait également flagrante, si le parent ou allié au degré prohibé traitait, non comme mandataire, mais comme se portant fort. Il est, en réalité, partie obligée dans l'acte ; il est même seul engagé, jusqu'à la ratification du tiers. Et cette ratification est impuissante elle-même à couvrir le vice de nullité qui affecte l'acte dès le principe.

Il doit en être de même, lorsque le parent ou allié au degré prohibé s'est porté mandataire, sans avoir aucun pouvoir ni mandat qui l'autorisât à contracter dans les termes suivant lesquels il a traité. Il contracte, en effet, dans ce cas, une obligation personnelle, par suite de l'usurpation ou de la violation de ses pouvoirs prétendus.

Bien que la nullité édictée par l'article 8 de la loi du 25 ventôse l'ait été surtout dans le but de protéger les tiers contre la partialité et l'intérêt d'affection du notaire, néanmoins, comme elle se fonde sur l'incapacité de l'officier public, toutes parties sont également admises à s'en prévaloir.

16. La loi du 25 ventôse ne parle point du cas où le notaire est intéressé personnellement dans l'acte qu'il reçoit. Mais il est évident qu'il est, à plus forte raison, incapable de le recevoir dans ce cas, soit qu'il y figure en son nom personnel, comme mandataire, porte-fort, ou *negotiorum gestor*, ou sous le nom d'un tiers cointéressé ou interposé ; soit enfin que de toute autre manière l'acte contienne une clause dans son intérêt personnel et direct. Cette incapacité résulte du caractère même et de l'objet de ses attributions (1). Les notaires n'ont

(1) Voy. art. 1318, n° 5. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 626, 1re édit., et t. 8, p. 626, 4e édit. — DURANTON, t. 13, n° 28. — TOULLIER, t. 8, n° 73. — GRENIER, *Donat.*, t. 1, n° 249. — Cass., 3 août 1847. SIREY, 47, 1, 725. — Besançon, 17 juill. 1844. SIREY, 46, 2, 171. — Orléans, 31 mai 1845. SIREY, 49, 2, 631. — 5 mai 1849. SIREY, 49, 2, 453. —

été, en effet, institués par la loi pour recevoir les actes auxquels les parties veulent ou doivent donner le caractère de l'authenticité, qu'à la condition d'être les rédacteurs désintéressés de la volonté des parties. Il en résulte une incompatibilité absolue entre l'exercice des fonctions notariales et la qualité de partie dans les actes de leur ministère.

Ils ne peuvent, de même, recevoir aucun acte où leurs femmes seraient intéressées, fussent-elles séparées de biens (1). Mais il ne faut point assimiler à une stipulation faite au profit du notaire, la clause par laquelle il aurait été convenu, par exemple, dans un cahier de charges concernant une vente d'immeubles, que les loyaux coûts de l'acte seraient productifs d'intérêts. Une pareille clause, stipulée dans l'intérêt direct et immédiat des parties venderesses qu'elle tend à affranchir du recours du notaire, est une simple condition du contrat, et n'emporte point la nullité de l'acte (2).

17. Les actes seront reçus par deux notaires, ou par un notaire assisté de deux témoins, citoyens français, sachant signer et domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte sera passé (art. 9).

Deux notaires, parents ou alliés au degré prohibé, c'est-à-dire en ligne directe à tous les degrés, et en collatérale jusqu'au degré d'oncle et de neveu inclusivement, ne peuvent concourir au même acte (art. 10).

Douai, 10 fév. 1851. Sirey, 51, 2, 70. — Cass., 15 juin 1853. Sirey, 53, 1, 529. — 15 juin 1853. Sirey, 53, 1, 665. — Limoges, 11 juill. 1854. Sirey, 54, 2, 759. — Amiens, 9 avril 1856. Sirey, 56, 2, 333. — Cass., 16 déc. 1856. Sirey, 57, 1, 452. — 11 juillet 1859. Sirey, 59, 1, 551. — Grenoble, 8 juillet 1858. Sirey, 60, 2, 188. — Cass., 29 juillet 1863. Sirey, 63, 1, 477. — 4 août 1864. Sirey, 64, 1, 401. — Nancy, 21 déc. 1872. Sirey, 73, 2, 83. — Cass., 20 janv. 1874. Sirey, 74, 1, 110. — 27 nov. 1876. — Sirey, 77, 1, 109. — 13 février 1883. Sirey, 84, 1, 153.

(1) Duranton, t. 13, n° 28.

(2) Cass., 24 janv. 1853. Sirey, 53, 1, 179.

Les parents, alliés soit du notaire, soit des parties contractantes au degré prohibé, leurs clercs et leurs serviteurs ne peuvent être témoins (art. 68).

L'acte fait en contravention est nul (art. 10).

18. Que doit-on entendre ici par ces mots : citoyens français? Les chartes de 1814 et de 1830, les constitutions de 1848, de 1852 et de 1875 ne s'en expliquant point, il faut recourir à la constitution du 22 frimaire an VIII, sous l'empire de laquelle la loi organique du notariat a été promulguée. Or, de ses articles 4 et 5, il résulte que ne peuvent être témoins instrumentaires dans un acte notarié, les individus qui ont été naturalisés en pays étranger, ou qui ont accepté des fonctions ou pensions offertes par un gouvernement étranger; les commerçants faillis; les héritiers immédiats, détenteurs à titre gratuit de la succession totale ou partielle d'un failli; les domestiques à gages, attachés au service de la personne ou du ménage; enfin, les individus en état d'interdiction judiciaire, d'accusation ou de contumace (1). Nous ne pouvons, toutefois, nous empêcher de remarquer que l'application de ces dispositions de la constitution de l'an VIII, du moins en ce qui concerne les héritiers d'un failli et les domestiques à gages, est peu en harmonie avec le principe de notre constitution actuelle, qui ne fait point de ces qualités une cause de suspension ou d'exclusion de l'exercice des droits civiques.

Sont également incapables d'être témoins instrumentaires, ceux qui ont été interdits de leurs droits civiques (42, C. p.), pendant la durée de leur interdiction, et ceux qui ont été condamnés à une peine afflictive ou infamante même après l'expiration de leur peine (28, 34, C. p.).

19. Par l'expression de clercs, il faut entendre ceux qui ins-

(1) Duranton, t. 13, nº 31. — Zachariæ, t. 5, p. 627, 1re édit., et t. 8, p. 203, 4e édit. — Bonnier, nº 363. — Rouen, 13 mai 1839. Sirey, 39, 2, 346. — Amiens, 8 juillet 1873. Sirey, 73, 2, 259. — *Contrà*, Cass., 10 juin 1824. — Sirey, 24, 1, 294.

crits ou non au tableau du stage, avec ou sans traitement, travaillent habituellement dans l'étude du notaire, et le suppléent, au besoin, dans la rédaction des actes et la réception des consentements, en prenant notes des conventions arrêtées entre les parties.

Les simples écrivains copistes et expéditionnaires ne sont point, à proprement parler, des clercs. Ils sont plutôt des serviteurs, dans le sens de cette expression, qui comprend toutes les personnes attachées au service de l'étude, tels que les garçons de bureau.

Quant à la classe des serviteurs attachés au service de la personne ou du ménage, nous avons vu qu'ils sont absolument incapables d'être témoins instrumentaires.

Mais deux parents, même au degré prohibé, deux frères, peuvent concourir comme témoins instrumentaires du même acte. Ce cas est en dehors des prohibitions de la loi.

20. L'incapacité absolue ou relative de l'un des témoins n'entraînerait cependant pas la nullité de l'acte, si au moment où il a été passé, une erreur générale et commune le faisait considérer comme ayant toutes les qualités requises pour être témoin instrumentaire. Mais il faut que les faits qui constituent pour le témoin la possession publique de sa capacité putative, aient un caractère particulier de gravité qui explique et justifie l'erreur commune (1).

Quant à l'erreur sur l'âge et la parenté, si nous n'allons pas aussi loin que certains auteurs, qui pensent qu'elles ne peut

(1) L. 1, C. *De test.* — Duranton, t. 13, n° 35, et t. 9, n° 109. — Zachariæ, t. 5, p. 628, 1re édit., et t. 8, p. 204, 4e édit. — Merlin, Rép. vis *Tém. instr.*, § 2, n° 3. — Cass., 28 fév. 1821. Sirey, 22, 1, 1. — 28 janv. 1831. Sirey, 32, 1, 174. — 24 julll. 1839. Sirey, 39, 1, 653. — Douai, 26 mars 1873, Amiens, 8 juillet 1873. Sirey, 73, 2, 258, 259. — Paris, 16 janv. 1874. Sirey, 74, 2, 137. — Cass., 6 mai 1874. Sirey, 74, 1, 471. — 1er juil. 1874. Sirey, 75, 1, 254. — 12 déc. 1882. Sirey, 83, 1, 459. — Douai, 13 août 1884. Sirey, 84, 2, 189.

point être invoquée pour valider l'acte (1), parce qu'il est plus aisé de vérifier la capacité du témoin sous ce rapport que sous celui de ses droits civils et civiques; si nous admettons, au contraire, même dans ce cas, pour le maintien de l'acte, la possession publique de la capacité putative du témoin, nous voulons du moins que les circonstances sur lesquelles l'erreur commune s'est fondée, soient de telle nature que l'erreur n'ait pas pu même être sonpçonnée, et que la connaissance de la vérité ait été rendue impossible (2).

21. Les actes doivent énoncer, à peine d'amende, les nom et lieu de la résidence du notaire; mais, à peine de nullité, les noms des témoins instrumentaires, leur demeure, le lieu, l'année et le jour où les actes sont passés (art. 12, 68).

Quant à la date, la loi ne parle pas du mois; mais l'indication du jour n'est complète que par l'indication du mois. Il s'agit d'ailleurs de dater; car l'article 30 veut que le répertoire mentionne la date de chaque acte. Or, la date est la mention des jour, mois et an. Ce mot vient de *datum,* donné, d'après l'ancien style du temps où, les actes étant rédigés en latin, on mettait, avant d'exprimer le jour de leur passation, le mot, *datum,* ou les deux mots, *datum et actum,* que nous traduisons dans le style moderne par ceux-ci, fait et passé.

La date peut être, au surplus, indiquée par des équipollents qui réunissent les divers éléments qui la constituent, par exemple, par l'indication d'une fête, d'un anniversaire, d'un événement constaté par un acte public (3).

Les erreurs de date peuvent, enfin, être rectifiées par les éléments que fournit l'acte lui-même. Il énonce, par exemple,

(1) Grenier, *Donat.,* n° 256. — Toullier, t. 5, n° 407.

(2) Cass., 31 janv. 1834. Sirey, 34, 1, 452. — Aix, 30 juill. 1838. Sirey, 39, 2, 85. — 15 déc. 1847. Sirey, 48, 1, 550. — 4 fév. 1850. Sirey, 50, 1, 180.

(3) Toullier, t. 5, n° 365; et t. 8, n° 81. — Duranton, t. 9, n° 30. — Zachariæ, t. 5, p. 82, et 629, 1re édit., et t. 7, p. 103, et t. 8, p. 206, 4e édit.

7 juin 1852, jour de mardi, quoique ce soit un lundi, et que le mardi soit le 8. Il y a évidemment dans l'énonciation de la date une erreur qui doit et peut être réparée (1). Mais comment se fera cette rectification? Elle se fera généralement par l'indication du quantième, et non par celle du jour indiqué. Ainsi, l'acte n'aura pas la date rectifiée du mardi 8 juin 1852, mais, au contraire, il conservera celle du 7. Si le jour énoncé était fort distant du quantième indiqué, ce serait à cette dernière indication qu'il faudrait, à plus forte raison, s'en tenir. Par exemple, il est dit : aujourd'hui samedi, 14 juin 1852, tandis que le samedi correspond au 12 ou au 19; dans cette incertitude, l'indication du quantième doit prévaloir. Autrement, on s'exposerait à mettre une date arbitraire sur un jour qui se reproduit quatre ou cinq fois dans le même mois.

Quant au lieu de l'acte, il n'est pas exigé qu'on indique, comme on dit, le lieu du lieu, *locus loci*, la maison, ni même le village ou hameau. L'indication de la commune satisfait aux prescriptions de la loi. Devant nous, en notre étude... Voilà une indication de lieu suffisante (2).

Il en est de même de la demeure des témoins. Elle est suffisamment désignée par l'indication de la ville ou de la commune, sans celle de la rue, du numéro, du village.

22. Les actes doivent être signés par les parties, les témoins et les notaires qui doivent en faire mention à la fin de l'acte. Quant aux parties qui ne savent ou ne peuvent signer, le notaire doit faire mention, à la fin de l'acte, de leurs déclarations à cet égard (art. 14).

L'acte fait en contravention est nul (art. 68).

La signature est l'apposition de sa main, en toutes lettres, de son nom patronymique, soit que ce nom soit précédé ou suivi de l'indication d'un ou de plusieurs prénoms, écrits en

(1) Toullier, t. 8, nº 83.

(2) Toullier, t. 8, nº 82. — Merlin, Quest., vº *Date*, § 2. — Riom, 18 mai 1841. Sirey, 41, 2, 571.

toutes lettres ou simplement indiqués par des initiales. Le paraphe s'entend des traits disposés avec un dessin particulier, et dont chaque personne est dans l'usage d'assortir sa signature. Il concourt à la distinguer et à la marquer davantage d'un cachet tout personnel.

Il n'y a pas de signature régulière, lorsqu'on a signé seulement de ses prénoms, de son surnom, du nom d'une famille étrangère, du nom d'une propriété ou simplement de l'initiale de ces noms, à moins que l'identité de la personne étant constante, il ne soit établi que le signataire était généralement connu sous le nom qu'il a souscrit, et qu'il avait l'habitude de signer ainsi dans les actes publics ou privés (1).

Quant à l'apposition d'une croix, d'un signe, d'une marque quelconque, elle équivaut au défaut de signature (2).

Mais les signatures illisibles, comme certaines personnes affectent d'en faire, n'entraînent point la nullité de l'acte, alors du moins qu'il est permis d'en reconnaître la personnalité.

23. Il faut remarquer qu'il n'est pas prescrit, à peine de nullité, de mentionner précisément à la fin de l'acte les formalités prescrites par l'article 14. Ce n'est pas à la place de la mention, mais à son défaut que la peine de nullité est attachée. Il est indifférent qu'elle se trouve, pourvu qu'elle soit d'ailleurs complète et régulière, au commencement, au milieu ou à la fin de l'acte. Il n'y a même pas à distinguer entre les actes ordinaires et les testaments, sous le prétexte que l'article 973 n'aurait point répété, pour les actes de cette dernière espèce, les dispositions de la loi du 25 ventôse an XI (3).

(1) Voy. TOULLIER, t. 5, n° 373. — MERLIN, Rép., v° *Signature*, § 3. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 78, 1re édit., et t. 7, p. 99, 4e édit. — TROPLONG, *Donat.*, nos 1494 et suiv. — Cass., 23 mars 1824. SIREY, 24, 1, 245. — 10 mars 1829. SIREY, 29, 1, 173.

(2) MERLIN, Rép., v° *Signature*, § 1, n° 8. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 79. et 644, 1re édit., et t. 7, p. 100, et t. 8, p. 220, 4e édit.

(3) ZACHARIÆ, t. 5, p. 108 et 630, 1re édit., t. 7, p. 130, et t. 8, p. 207, nte 37, 4e édit. — Cass., 14 juin 823. SIREY, 23, 1, 265. —

Notons encore qu'il ne suffit pas que le notaire mentionne simplement que les parties ne savent ou ne peuvent signer. C'est de leurs déclarations à cet égard qu'il doit faire mention, sans que toutefois il soit tenu, en cas qu'elles ne peuvent signer, d'indiquer la cause de l'empêchement.

Du reste, un avis du conseil d'État du 20 juin 1810 a décidé que le défaut de mention de la signature des notaires n'entraîne pas nullité. Il est ainsi conçu : « Considérant que si les expressions qui terminent le premier paragraphe de l'article 14 de la loi du 25 ventôse an XI, ont donné lieu d'élever la question de savoir si la nullité prononcée par l'article 68 s'étendait même au défaut de mention, à la fin de l'acte, de la signature des notaires, cette question ne peut être que négativement résolue, d'après l'esprit de la loi et des règlements qui l'ont immédiatement suivie ;

» Qu'en effet, l'arrêté du 15 prairial an XI, donnant une formule pour la rédaction des actes et y rappelant les mentions nécessaires, n'y comprend point celle de la signature des notaires ; qu'ainsi la loi a été déjà expliquée presque au moment où elle venait de paraître ;

» Que toute interprétation contraire, outre qu'elle serait excessivement rigoureuse, serait sans aucune utilité pour la société, et lui deviendrait même nuisible par l'application d'une nullité inusitée dans tous les temps ;

» Que si cette nullité a un but utile, en tant qu'elle s'applique au défaut de mention des signatures de parties ou de témoins qui n'ont pas un caractère authentique, cette raison cesse à l'égard des notaires eux-mêmes, dont la signature est publique et devient la certification des autres. »

24. Les renvois et apostilles ne peuvent être écrits qu'en marge : ils seront signés ou paraphés, tant par les notaires

Poitiers, 16 avril 1842. Sirey, 43, 2, 268. — Cass., 18 juin 1844. Sirey, 44, 1, 489. — *Contrà,* Duranton, t. 9, n° 100. — Toullier, t. 5, n° 434; et t. 8, n° 95. — Cass., 18 août 1817, Sirey, 17, 1, 385.

que par les autres signataires, à peine de nullité des renvois et apostilles.

Si la longueur du renvoi exige qu'il soit transporté à la fin de l'acte, il devra être non-seulement signé et paraphé comme les autres renvois écrits en marge, mais encore expressément approuvée par les parties, à peine de nullité du renvoi (art. 15).

Ainsi, il ne suffit pas que le renvoi transporté à la fin de l'acte soit écrit avant les signatures, alors même qu'on aurait mis une approbation au-dessous du renvoi, avant ces signatures; il doit être revêtu d'une approbation expresse, assortie d'une signature spéciale, indépendamment de celle qui s'applique au corps entier de l'acte (1). Et cette formalité d'une approbation expresse est indépendante des signatures ou paraphes qui doivent être apposés par les notaires et les autres signataires de l'acte.

Mais il ne faut pas considérer comme constituant un renvoi qui doive être expressément approuvé, une clause additionnelle, précédant toutes les signatures, écrite à la fin de l'acte, indépendante des clauses antérieures, qu'elles ne restreint ni ne modifie, et faisant ainsi, en réalité, partie intégrante d'un seul et même acte. Elle est suffisamment couverte par les signatures ordinaires et générales (2).

25. Il n'y aura ni surcharge, ni interligne, ni addition dans le corps de l'acte, et les mots surchargés, interlignés ou ajoutés seront nuls (art. 16).

Il suit de là que si la date ou l'un de ses éléments constitutifs est surchargé, interligné ou ajouté, l'acte est réputé non daté et nul (3).

(1) Zachariæ, t. 5, p. 630, n^te^ 24, 1re édit., et t. 8, p. 206, 4e édit. — Cass., 23 mars 1829. Sirey, 29, 1, 138.

(2) Cass., 13 août 1844. Sirey, 44, 1, 791.

(3) Zachariæ, t. 5, p. 630, 1re édit., et t. 8, p. 206, 4e édit. — Duranton, t. 13, n° 52. — Merlin, Rép., v° *Ratification*, § 9. — Toullier t. 8, n° 114. — Cass., 27 août 1812. Sirey, 12, 1, 369.

Il en est de même, s'il s'agit des mots surchargés, interlignés ou ajoutés, concernant quelque énonciation essentielle, rigoureusement exigée pour la validité de l'acte.

26. Les notaires sont tenus de garder minute de tous les actes qu'ils reçoivent, à peine de nullité (art. 20, 68).

Sont exceptés les certificats de vie, procurations, actes de notoriété, quittances de fermages, de loyers, de salaires, d'arrérages de pensions et rentes, et autres actes simples qui, d'après les lois, peuvent être délivrés en brevet (art. 20).

Telles sont les obligations unilatérales, lorsqu'elles n'excèdent pas une certaine somme d'argent.

Une déclaration du roi du 7 septembre 1723, encore en vigueur aujourd'hui, détermine d'autres actes comme pouvant être délivrés en brevet.

27. Quant à l'écriture, les actes notariés peuvent être indifféremment écrits par le notaire ou par son clerc, ou par toute autre personne. Différentes mains peuvent même concourir à la rédaction d'un seul et même acte.

28. Sous peine d'amende, les actes doivent être écrits en un seul et même contexte, lisiblement, sans abréviation, blanc, lacune ni intervalle ;

Contenir les noms, prénoms, qualités et demeures des parties, ainsi que des témoins appelés pour certifier l'identité des parties ;

Enoncer en toutes lettres les sommes et les dates ;

La minute doit mentionner que lecture de l'acte a été faite aux parties ;

Les procurations des contractants doivent être annexées à la minute (art. 13).

En disant que les actes doivent être écrits en un seul et même contexte, la loi ne veut pas dire que le notaire doit rédiger l'acte de suite, sans divertir à autres actes, comme l'article 976 l'exige pour le testament mystique. Cette unité de contexte signifie seulement que les différentes parties de la

teneur de l'acte doivent se suivre de manière à former un tout, à quelque date que chacune d'elles ait été rédigée. Les actes peuvent, en effet, porter plusieurs dates correspondantes aux époques diverses de leur passation, soit qu'il s'agisse d'un acte divisible dans ses parties, comme un inventaire, ou d'un acte qui n'existe que lorsqu'il a reçu son entière perfection d'une rédaction complète, comme une vente, un contrat de mariage.

Quant à la défense de laisser des blancs, elle ne s'applique point aux procurations que l'on appelle procurations en blanc, parce qu'elles ne sont point remplies du nom du mandataire, pour le choix duquel le mandant a ainsi toute latitude.

29. Les mots rayés devront l'être de manière que le nombre puisse en être constaté à la marge de leur page correspondante ou à la fin de l'acte, et approuvé de la même manière que les renvois écrits en marge, c'est-à-dire signés ou paraphés, tant par les notaires que par les autres signataires (art. 16).

Mais quel sera le sort des mots rayés, sans que le nombre en soit approuvé? Seront-ils nuls comme les mots surchargés, interlignés ou ajoutés? La loi ne s'en explique point, et son silence à cet égard a une signification que l'on ne peut méconnaître. Les ratures peuvent, en effet, être le résultat d'un accident ou d'une inadvertance, ou l'œuvre malicieuse d'un tiers, ou l'acte volontaire et réfléchi des contractants. S'il est établi qu'elles sont entièrement étrangères aux parties contractantes, elles doivent être réputées non avenues, et l'acte vaut comme si elles n'avaient point eu lieu, pourvu, toutefois, que les endroits raturés, s'ils ont une importance réelle, ne l'aient pas été de manière à devenir complètement illisibles. Si le sens ne pouvait en être rétabli, soit par la lecture, soit par l'interprétation, soit par tout autre moyen de preuve pris en dehors de l'écrit lui-même, l'acte devrait être annulé dans son entier, du moment qu'il n'est plus l'expression complète de la volonté indivisible des contractants.

S'il est prouvé, au contraire, que les ratures sont leur fait volontaire et médité, dans ce cas l'acte est maintenu pour le surplus de sa teneur.

Que si elles portent sur des points insignifiants, elles sont dans tous les cas indifférentes.

Mais que doit-on présumer; ou qu'elles ont été opérées du consentement et de la volonté des parties, lors de la rédaction de l'acte, ou qu'elles ne l'ont été que plus tard, soit accidentellement, soit frauduleusement? La première présomption ne saurait être accueillie. Les ratures n'étant point régulièrement approuvées, l'acte, quoique régulier pour tout le reste, n'en couvre point l'existence de son authenticité. Elles restent en dehors de la foi qui lui est due (1).

La présomption naturelle est, au contraire, qu'elles n'existaient pas au moment de la rédaction de la minute, parce qu'on doit supposer que, si elles eussent existé à cette époque, le notaire n'aurait pas manqué, suivant son devoir, de les constater et approuver. Cette présomption d'ailleurs, ne place pas nécessairement l'officier public sous le coup d'une suspicion de fraude et de faux. Elle admet aussi bien la pensée d'une erreur, d'une simple inadvertance de sa part que d'un acte de fraude et de mauvaise foi. Elle peut même accuser un tiers tout autant que lui.

De ce que les ratures non approuvées sont censées n'avoir point existé au moment de la rédaction de l'acte, il s'ensuit qu'elles sont nulles, réputées non avenues; et que les mots raturés, bâtonnés et cancellés sont en conséquence valables, à moins qu'il ne soit établi par toutes les circonstances, qui sont soumises à l'appréciation des juges, que les ratures ont été faites à dessein et du consentement des parties. Une présomption contraire aurait pour effet de livrer les actes à la merci de la fraude et de la mauvaise foi, sans que les con-

(1) Voy. cep. MERLIN, Rép., v° *Ratification*, n° 9.

tractants eussent, le plus souvent, le moyen de les démasquer (1).

30. Notons que les amendes édictées par la loi du 25 ventôse an XI, ont été réduites par celle du 10 juin 1824.

L'article 29 de la loi du 25 avril 1844, sur les patentes, portait que nul ne peut faire aucun acte pour tout ce qui est relatif à son commerce ou à son industrie, sans qu'il soit fait mention dans l'acte de sa patente, d'une amende de vingt-cinq francs, tant contre le particulier sujet à patente, que contre l'officier ministériel qui a reçu le dit acte sans faire mention de la patente. Cette loi est aujourd'hui abrogée par l'art. 22 de la loi du 18 mai 1850.

31. Les grosses seules sont délivrées en la forme exécutoire ; elles sont intitulées et terminées dans les mêmes termes que les jugements des tribunaux (art. 25).

Il doit être fait mention sur la minute de la délivrance d'une première grosse à chacune des parties intéressées. Il ne peut lui en être délivré d'autre, à peine de destitution, sans une ordonnance du président du tribunal de première instance, laquelle demeurera jointe à la minute (art. 26, loi 25 ventôse an XI, et 844, C. pr.).

Chaque notaire est tenu d'avoir un cachet ou sceau particulier, portant ses nom, qualité ou résidence (art. 17). Quant au modèle uniforme qu'annonçait la loi de ventôse, il paraît qu'on l'attend encore.

Les grosses et expéditions des actes doivent porter l'empreinte de ce cachet. Mais la loi ne prononce aucune peine pour l'omission de cette formalité, qui ne nuit en rien à l'authenticité ni à l'exécution de l'acte. La partie à laquelle on l'oppose pourrait tout au plus demander l'apposition du sceau, et les juges surseoir aux poursuites, parce qu'elle a pour objet de mieux garantir la sincérité et l'authenticité de la pièce (2).

(1) TOULLIER, t. 8, nos 115 et 132. — DURANTON, t. 13, n° 54.
(2) TOULLIER, t. 8, n° 60.

Les actes notariés sont légalisés, savoir : ceux des notaires à la résidence des Cours d'appel, lorsqu'on s'en servira hors de leur ressort; et ceux des autres notaires, lorsqu'on s'en servira hors de leur département. La légalisation est faite par le président du tribunal de première instance de la résidence du notaire, ou du lieu où sera délivré l'acte ou l'expédition (art. 18).

Mais l'authenticité et la force exécutoire de l'acte sont indépendantes de cette formalité (1). Son inaccomplissement n'entraînerait point la nullité des poursuites. Il autoriserait tout au plus la partie à demander et les juges à ordonner un sursis jusqu'à la régularisation de la pièce (2).

32. Les actes notariés doivent être, sous peine d'amende, enregistrés dans un certain délai. Mais le défaut d'enregistrement dans le délai fixé pour l'accomplissement de cette formalité, n'en entraîne point la nullité, et ne les empêche pas de valoir comme authentiques.

Le notaire est simplement puni d'une amende, tandis que les actes des huissiers, en matière civile, non enregistrés dans les délais, sont, outre l'amende, frappés de nullité (3). Ce point est aujourd'hui constant.

33. Depuis l'ordonnance de 1539, articles 10 et 11, les actes notariés, judiciaires et autres, ont dû être rédigés en français. Le décret du 2 thermidor an II, sans toutefois en prononcer la nullité, défend d'enregistrer aucun acte, même sous signatures privées, s'il n'est écrit en français. Mais un arrêté du 24 prairial an XI exigea seulement, lorsqu'on présenterait des actes sous seing-privé à l'enregistrement, la production d'une traduction en français certifiée par un traducteur juré. Le

(1) Merlin, Rép., v° *Légalisation*, n° 2. — Cass., 10 juill. 1817. Sirey, 18, 1, 385.

(2) Toullier, t. 8, n° 59.

(3) Loi du 22 frimaire an VII, art. 33 et 34. — Voy. notamment Troplong, *Hyp.*, n° 507.

même arrêté ordonna que tous les actes seraient rédigés en français dans les pays réunis à la France. Il autorisa, cependant, la traduction littérale de l'acte à mi-marge de la minute, dans la langue ou l'idiome du pays. Ceci se pratique encore, et s'est pratiqué surtout en Alsace, où la langue française n'est pas la langue populaire.

Bien que le décret du 2 thermidor an II ne prononce point la nullité de l'acte écrit dans une autre langue, mais seulement, contre l'officier public, la peine de la destitution et de six mois d'emprisonnement, on ne saurait penser que la nullité n'en doive point être prononcée, conformément aux anciennes lois, qui n'ont été abrogées par celle du 25 ventôse an XI que dans ce qu'elles avaient de contraire (art. 69). La nullité des actes publics reçus en France, dans une langue autre que la langue française, est, en effet, fondée sur les considérations les plus élevées d'intérêt public et national. On peut dire des peuples qui n'ont point de langue légale officielle pour les actes émanés de l'autorité publique, qu'ils n'ont point de véritable nationalité. L'établissement d'une pareille langue est incontestablement l'une des plus puissantes causes de cette unité qui fait la force et la grandeur des nations. Or, s'il est un peuple où cette unité nationale éclate en traits plus saisissants, c'est la nation Française, qui la retrouve partout dans sa langue, dans ses mœurs, dans le système de son administration (1).

34. Nous venons d'indiquer les formalités générales auxquelles sont soumis les actes notariés ordinaires. Quant au testament, la loi l'assujettit à des formes spéciales que nous allons signaler.

Le testament par acte public est reçu par deux notaires en présence de deux témoins, ou par un notaire en présence de

(1) TOULLIER, t. 8, n° 101. Il avait embrassé déjà (t. 5, n° 459) l'opinion contraire. — *Contrà*, MERLIN, Rép., v[is] *Langue française*. — FAVARD, Rép., v[is] *Langue française*.

quatre témoins (971). Les témoins appelés devront être mâles, majeurs, Français, jouissant des droits civils (980).

Les conditions de capacité indiquées par le Code civil quant aux témoins appelés pour être présents à un acte testamentaire, sont les seules exigibles. Ainsi, à la différence de l'article 9 de la loi du 25 ventôse an XI, l'article 980 n'exige pas que les témoins soient citoyens français, sachant signer, et domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte est passé.

Conséquemment, sont capables d'être témoins instrumentaires dans un testament, les individus atteints de démence, dans les intervalles lucides (1); les interdits pour cause de démence ou de fureur, durant les mêmes intervalles (2); les faillis (3); les individus domiciliés hors de l'arrondissement communal où l'acte est reçu (4); les domestiques même attachés au service de la personne ou du ménage (5); fussent-ils même au service du testateur ou des légataires (6); les parents ou alliés du testateur, et même le mari de la testatrice (7); les parents et alliés des notaires (8), à la différence de leurs

(1) L. 20, § 4, *ff. Qui test. fac. poss.* — MERLIN, Rép., v^is *Tém. instr.*, § 2, n° 3. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 92, 1re édit., et t. 7, p. 116, 4e édit,

(2) ZACHARIÆ, t. 5, p. 92, n^te 9, 1re édit., et t. 7, p. 116, n^te 10, 4e édit. — *Contrà,* DURANTON, t. 9, n° 106.

(3) ZACHARIÆ, t. 5, p. 93, n^te 12; et 627, n^te 13, 1re édit., et t. 7, p. 117, n^te 13, et t. 8, p. 203, 4e édit.

(4) DURANTON, t. 9, n° 112. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 94, 1re édit., et t. 7, p. 119, 4e édit. — Cass., 3 août 1841. SIREY, 41, 1, 865.

(5) ZACHARIÆ, t. 5, p. 94, n^te 13, 1re édit., et t. 7, p. 119, 4e édit. — DURANTON, t. 9, n° 111.

(6) ZACHARIÆ, *ibid.* — TROPLONG, *Donat.*, n° 1604. — Cass., 3 août 1841. SIREY, 41, 1, 865. — *Contrà,* DURANTON, t. 9, n° 115.

(7) MERLIN, Rép., v^is *Tém. inst.*, § 2, n° 3. — ZACHARIÆ, *ibid.* — DURANTON, t. 9, n° 116. — TOULLIER, t. 5, n° 399. — TROPLONG, *Donat.*, n° 1603.

(8) MERLIN, Rép., v° *Testament,* sect. 2, § 3, art. 2, n° 8. — ZACHARIÆ, *ibid.* — TROPLONG, *Donat.*, n° 1605. — *Contrà,* TOULLIER, t. 5, n° 402. — DURANTON, t. 9, n° 115.

clercs (975), et, à plus forte raison, de leurs domestiques et serviteurs (1); en un mot, les individus Français, jouissant de leurs droits civils, alors même qu'ils ne jouissent pas des droits politiques, tels que les faillis, leurs héritiers immédiats, ceux qui sont en état d'accusation ou de coutumace, suivant la constitution de l'an VIII.

Le Code civil contient ainsi, sur la capacité des témoins instrumentaires dans les testaments, un système complet, en dehors de la loi du 25 ventôse. S'il se montre, à cet égard, moins rigoureux qu'elle, c'est qu'il en exige un plus grand nombre que pour les actes ordinaires, et qu'il en compense, pour ainsi dire, la qualité par la quantité; c'est ensuite que le testament, par sa nature même et son caractère, demandait qu'une plus grande latitude fût laissée au notaire ou au testateur dans le choix des témoins, qui deviennent, par une marque de confiance personnelle, les confidents intimes de dernières volontés destinées à demeurer secrètes jusqu'à la mort de ce dernier.

35. Mais ne pourront être pris pour témoins du testament par acte public, ni les légataires, à quelque titre qu'ils soient, ni leurs parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement, ni les clercs des notaires par lesquels les actes seront reçus (375), ni, comme nous venons de le dire, à plus forte raison, les domestiques et serviteurs de ces derniers.

Les formalités spéciales exigées pour la validité des testaments imposent encore elles-mêmes la nécessité de requérir des témoins instrumentaires la réunion de certaines qualités physiques et morales. Ainsi sont incapables d'être témoins les sourds, les aveugles, les idiots (2), les muets, s'ils ne savent

(1) Toullier, Duranton, *ibid.* — Troplong, *Donat.*, n° 1606. — *Contrà*, Merlin, Zachariæ, *ibid.*

(2) Instit., *De ord. test.*, § 6. — L. 9, 21, C. *De test.* — Zachariæ, t. 5, p. 91, 1re édit., et t. 7, p. 115, 4e édit. — Merlin, Rép., vis *Tém. instr.*, § 2, n° 3. — Duranton, t. 9, n° 104. — Toullier, t. 5, n° 391. — Troplong, *Donat.*, n° 1678.

point écrire (1); ceux qui ne comprennent pas la langue dont s'est servi le testateur (2), ni ceux qui n'entendent point celle dans laquelle le testament a été rédigé, à moins que, par certains procédés de traduction, ils n'aient été mis à même de connaître d'une manière exacte et complète les dispositions testamentaires (3), ils sont par là habilités.

36. Quant à la capacité personnelle des notaires qui reçoivent un testament, elle continue à être régie, en l'absence de dispositions spéciales dans le Code civil, par les articles 6, 8 et 10 de la loi du 25 ventôse an XI.

37. Si le testament est reçu par deux notaires, il leur est dicté par le testateur, et il doit être écrit par l'un de ces notaires, tel qu'il est dicté. S'il n'y a qu'un notaire, il doit également être dicté par le testateur et écrit par ce notaire. Dans l'un et l'autre cas, il doit en être donné lecture au testateur, en présence des témoins. Il est fait du tout mention expresse (972).

Ce testament doit être signé par le testateur; s'il déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il sera fait dans l'acte mention expresse de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer (973).

Le testament devra être signé par les témoins, et, néanmoins, dans les campagnes, il suffira qu'un des deux témoins signe, si le testament est reçu par deux notaires, et que deux des quatre témoins signent, s'il est reçu par un notaire (974).

Et toutes ces formalités sont prescrites à peine de nullité (1001).

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 92, 1re édit. — TOULLIER, t. 5, n° 392. — DURANTON, t. 9, n° 104. — *Contrà,* TROPLONG, *Donat.*, n° 1679. — ZACHARIÆ, t. 7, p. 116, nte 8, 4e édit.

(2) MERLIN, Quest., v° *Testament,* § 17. — TOULLIER, t. 5, n° 393. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 92, 1re édit., et t. 7, p. 115, 4e édit. — TROPLONG, *Donat.*, n° 1679.

(3) TOULLIER, t. 5, n° 393, en note. — MERLIN, Quest., v° *Testament,* § 17. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 92, 1re édit., et t. 7, p. 115, 4e édit.

Indépendamment de la solennité plus grande résultant du concours de deux notaires assistés de deux témoins, ou d'un notaire assisté de quatre témoins, le testament se distingue ici des autres actes notariés, surtout sous le rapport des formes spéciales de sa rédaction et des énonciations que l'acte doit contenir.

La dictée faite par le testateur au notaire; la rédaction de l'acte par le notaire et de sa main; la lecture du testament donnée au testateur, et non prise par lui; tout cela en présence des témoins, et de tout cela mention expresse dans l'acte, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer sur l'interpellation qui lui est faite; telles sont les particularités qui font du testament un acte tout exceptionnel. Nous nous bornons à les signaler, en observant que pour toutes les autres formalités à l'égard desquelles le Code ne contient aucune disposition expresse, c'est à la loi du 25 ventôse an XI qu'il faut recourir, comme étant la loi organique et fondamentale des actes notariés.

38. Quant au testament mystique, nous renvoyons aux articles 976 et suivants du Code civil, en faisant remarquer seulement que cet acte se distingue des autres actes ordinaires, par le concours exceptionnel de six ou sept témoins; par la nécessité d'accomplir certaines formalités matérielles propres à assurer le secret, et de tout faire de suite et sans divertir à autres actes.

39. L'article 9 de la loi du 25 ventôse en exigeant, sous peine de nullité, que les actes fussent reçus par deux notaires, ou par un notaire assisté de deux témoins, avait fait naître une très grave difficulté. De nombreux arrêts avaient interprété cette disposition en ce sens qu'elle n'exigeait point, sous peine de nullité, que le second notaire, ou les témoins instrumentaires fussent présents personnellement à la rédaction de l'acte; qu'il suffisait seulement, pour l'exécution de la loi et la validité de l'acte, que, sans avoir été présents à sa

confection, ils signassent la minute, lorsque elle leur était présentée par le notaire rédacteur.

Cependant, la Cour de cassation venait de décider (1) que l'acte était nul, si les témoins instrumentaires n'avaient pas été présents à la réception de l'acte, et ne l'avaient signé qu'après coup. Cette jurisprudence alarma tout aussitôt de graves et nombreux intérêts. Le législateur comprit qu'il était de son devoir de les rassurer par une loi qui fixât, par voie d'interprétation, le véritable sens de l'article 9 de la loi du 25 ventôse. Cette loi est celle du 21 juin 1843.

Par son article 1, elle dispose que les actes notariés passés depuis la promulgation de la loi du 25 ventôse an XI, ne peuvent être annulés par le motif que le notaire en second ou les deux témoins instrumentaires n'auraient pas été présents à la réception desdits actes.

Mais à l'avenir, les actes notariés contenant donation entre vifs, donation entre époux pendant le mariage, révocation de donation ou de testament, reconnaissance d'enfants naturels, et les procurations pour consentir ces divers actes, seront, à peine de nullité, reçus conjointement par deux notaires, ou par un notaire en présence de deux témoins.

La présence du notaire en second, ou des deux témoins, n'est requise qu'au moment de la lecture des actes par le notaire, et de la signature par les parties. Elle sera mentionnée, à peine de nullité (art. 2).

Quant aux contrats de mariage contenant donation entre vifs, faite par des tiers en faveur des époux, ou par les époux entre eux, l'article 2 de la loi du 21 juin 1843 leur est inapplicable. Le texte qu'il convient de prendre rigoureusement à la lettre, suffirait seul pour le décider. Mais la discussion de la loi ne laisse subsister aucun doute à cet égard. Le projet présenté par le gouvernement comprenait, en effet, les contrats

(1) Cass., 25 janv. 1841. Sirey, 41, 1, 105. — 16 nov. 1841. Sirey, 42, 1, 128.

de mariage, ainsi que le projet de la commission nommée par la chambre des députés. Pendant la discussion, et sur un amendement présenté par M. Hébert, ils en furent retranchés. A la chambre des pairs, M. Franck-Carré, rapporteur, s'expliqua nettement sur l'intention de la commission de maintenir cette supression. Les contrats de mariage, sans distinction entre ceux qui contiennent et ceux qui ne contiennent pas de donation, sont donc restés dans la classe des contrats ordinaires (1).

Quant aux actes autres que ceux indiqués dans l'article 2, ils continuent à être régis par l'article 29 de la loi du 5 ventôse an XI, tel qu'il est expliqué dans l'article 1 de la loi du 21 juin 1843 (art. 3).

Enfin, il n'est rien innové aux dispositions du Code civil, sur la forme des testaments (art. 4).

La loi du 21 juin 1843 est simplement interprétative de celle du 25 ventôse. Elle s'applique, dès lors, à tous les actes antérieurs à sa promulgation, alors même qu'il y avait, à cette époque, contestation engagée sur la validité de l'acte, cet acte fût-il même un de ceux pour lesquels elle exige à l'avenir la présence réelle du notaire en second, ou des deux témoins (2).

40. Les parties peuvent donner à un acte sous seing-privé le caractère de l'authenticité, en le déposant dans l'étude d'un notaire, et en faisant régulièrement constater le dépôt, soit qu'il ait pour objet d'en faire opérer la transcription, ou l'annexe à un autre acte, ou de lui donner une nouvelle rédaction.

Mais pour que cet acte devienne ainsi authentique, il faut que toutes les parties intéressées contre lesquelles il fait preuve concourent au dépôt; de telle sorte qu'il ne pourra valoir comme authentique que contre celles qui l'auront

(1) Bordeaux, 27 mai 1853. SIREY, 53, 2, 587.

(2) Cass., 20 déc. 1843. SIREY, 44, 1, 13. — 23 déc. 1845. SIREY, 46, 1, 436.

déposé, à moins qu'elles ne se soient donné réciproquement mandat pour le déposer en l'absence les unes des autres (1).

Cependant, le dépôt fait par celle des parties que l'acte constitue débitrice suffit, indépendamment du concours des autres, pour lui conférer contre elle le caractère de l'authenticité. Un semblable dépôt fait chez un notaire vaut, en effet, comme reconnaissance des écritures et signatures, et a la même force que si la reconnaissance ou la vérification en avait eu lieu en justice.

Il en est ainsi pour les contrats d'hypothèque (2127) (2), pour les contrats de mariage, pourvu qu'ils soient déposées chez le notaire avant la célébration du mariage bien que l'article 1394 exige qu'ils soient rédigés par acte devant notaire (3), à moins qu'ils ne contiennent des donations de la part des tiers aux futurs époux, auquel cas ils n'ont aucune valeur à l'égard des tiers donateurs (4).

L'acte sous seing-privé, ainsi devenu authentique par son dépôt en l'étude d'un notaire, peut dès lors servir de fondement à des poursuites en exécution, telles qu'une saisie immobilière (5).

Quant aux reconnaissances d'enfants naturels, l'acte sous signature privée devient également efficace lorsqu'il est déposé

(1) Caen, 22 juin 1824. Dalloz, 25, 2, 112.

(2) Troplong, *Hyp.*, n° 506. — Merlin, Rép., v° *Hyp.*, sect. 2, § 3, art. 6. — Grenier, *Hyp.*, t. 1, n° 67 et suiv. — Zachariæ, t. 2, p. 139. — 1re édit., et t. 3, p. 273, 4e édit. — Toullier, t. 8, n° 200. — Maleville, art. 2127. — Cass., 15 fév. 1832. Sirey, 32, 1, 792.

(3) Troplong, *Contrat de mariage*, n° 185. — Duranton, t. 14, n° 43. — Zachariæ, t. 3, n° 385, 1re édit., et t. 5, p. 247, 4e édit. — Rouen, 11 janv. 1826. Sirey, 26, 2, 217.

(4) Troplong, *Contrat de mariage*, n° 187. — Pau, 18 juin 1836. Sirey, 36, 2, 546.

(5) Zachariæ, t. 4, p. 119, 1re édit., et t. 8, p. 467, 4e édit. — Chauveau, sur Carré, *Quest.*, 2198. — Bourges, 27 juin 1823. Sirey, 24, 2, 51.

chez un notaire (1). Il n'y aurait, dans ce cas, aucune difficulté, si l'acte de dépôt contenait transcription ou relation de l'acte déposé, dans la partie qui renferme la reconnaissance (2).

Mais quant aux actes de donation, comme la forme authentique est de leur essence (931), un acte sous signatures privées déposé chez un notaire n'aurait, comme acte de donation, aucune espèce de valeur (3).

Il ne pourrait non plus valoir comme testament authentique ou mystique. Il vaudrait seulement comme testament olographe, s'il réunissait toutes les conditions exigées pour cette sorte de testament.

Article 1318.

L'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par défaut de forme, vaut comme écriture privée s'il a été signé des parties.

Sommaire.

1. Distinction entre l'authenticité et la preuve.
2. Dispositions de l'article 1318. Distinction.
3. Suite. Les articles 1325 et 1326 ne sont point alors applicables.
4. Cas où ils le deviennent.
5. Du cas où le notaire avait un intérêt personnel dans l'acte.
6. L'article 1318 est inapplicable, quand l'authenticité est essentielle. Exemples.
7. Mais les conventions particulières distinctes et indépendantes sont maintenues.
8. Faut-il que l'acte soit signé de toutes les parties? Conventions unilatérales.
9. Suite. Distinction entre le contrat et sa preuve. Force probante de l'acte.

(1) Toullier, t. 2, nº 951. — Duranton, t. 3, nº 218. — Merlin, Rép., vº *Filiation*, nº 12. — Proudhon, *Des personnes*, t. 2, p. 111. — Favard, Rép., vº *Reconnaissance*, sect. 1, § 3, art. 2.

(2) Zachariæ, t. 4, p. 52, 1re édit., et t. 6, p. 170, 4e édit.

(3) Troplong, *Contrat de mariage*, nº 185.

10. Suite. Hypothèses diverses. Conventions synallagmatiques.
11. Opinion de M. Toullier critiquée. Les parties ne peuvent se rétracter.
12. La mort des parties n'empêche pas que le contrat ne soit formé.
13. Du cas où les parties conviennent de passer acte.
14. L'imperfection de l'acte peut faire présumer que le contrat n'a pas été définitivement formé.

COMMENTAIRE.

1. Dans tout acte authentique l'on doit distinguer le caractère d'authenticité et la force de preuve. Comme élément de constatation, cette dernière est indépendante de l'authenticité, qui ne fait que lui donner une valeur particulière et des effets exceptionnels que sans elle elle n'aurait pas. Elle peut donc subsister alors que celle-ci fait défaut; seulement, elle n'a point, dans ce cas, la même puissance qu'elle aurait eue en concourant avec elle. Il reste alors la preuve, mais sans authenticité.

Cependant, il est des cas fort nombreux où l'authenticité même de l'acte est le seul principe de sa force probante. Alors quand l'une disparaît, l'autre s'évanouit en même temps. C'est ce qui arrive lorsque l'officier public qui a reçu l'acte, a seul, par sa signature, certifié, en cette qualité, la convention des parties, sans que ces dernières l'aient certifiée elles-mêmes par leurs signatures personnelles. Dans ce cas, il est impossible de séparer la preuve de l'authenticité.

2. Telles sont les dispositions de l'article 1318 : « L'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme, vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties. »

Quel que soit le vice de forme, l'acte vaut toujours comme écrit sous seing-privé, soit qu'il ait été passé en minute ou en brevet. Et même, dans ce dernier cas, il vaut comme écrit privé, quand bien même la loi prescrirait de le recevoir en minute (1).

(1) Marcadé, art. 1318, n° 2.

Quant au défaut de signature du notaire, il ne constitue lui-même qu'un vice de forme, et il en est de même du défaut de signature des témoins. C'est ce qui résulte des articles 14 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI (1). Comme l'acte vaut alors comme écrit privé, les parties ne peuvent même invoquer l'absence de la signature du notaire, comme présomption qu'il est resté en simple projet, que si elles l'appuient d'ailleurs d'un commencement de preuve écrite.

Mais il faut distinguer, quant aux vices d'incapacité ou d'incompétence. Quelque généraux que soient les termes de l'article 1318, ils ne s'appliquent qu'aux cas d'incompétence ou d'incapacité qui concernent, soit le ressort, l'alliance ou la parenté, soit, enfin, la suspension, la destitution ou le remplacement (2). La nécessité de cette distinction résulte évidemment des dispositions de l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI, que le Code civil n'a fait que reproduire en les résumant.

3. Est-ce à dire que l'acte signé des parties ne vaudra pas comme acte sous seing-privé, lorsqu'il sera nul pour un vice d'incapacité ou d'incompétence autre que ceux que nous venons d'indiquer? Tel n'est point l'objet de notre distinction. Elle se réfère seulement à la question de savoir si, pour valoir comme écrit privé, l'acte ne devra pas alors réunir les conditions spécialement prescrites pour la régularité des actes privés.

En principe, lorsque l'acte est annulé comme authentique, et qu'il vaut néanmoins comme écriture privée, sa force probante, à ce dernier titre, ne dépend point de l'accomplissement des formalités particulières exigées pour la validité d'un acte sous seing-privé. Ainsi, il vaut comme écrit privé, à la seule condition qu'il soit signé des parties, sans qu'il doive être fait double, comme contenant des conventions synallagmatiques

(1) *Contrà*, MARCADÉ, art. 1318, n° 5.
(2) DURANTON, t. 13, n° 76.

(1325) (1); ou qu'il doive contenir un *bon* ou un *approuvé* en toutes lettres, de la main du débiteur, comme constituant un billet ou une promesse unilatérale (1326) (2).

La raison en est bien simple. Les parties qui s'adressent à un fonctionnaire public pour la rédaction de leurs conventions, ne peuvent, dans une éventualité qu'elles ne sauraient même prévoir, songer à l'accomplissement de formalités étrangères à la passation des actes publics. L'article 1318, n'exigeant d'autre condition que la signature des parties, fait nécessairement exception aux articles 1325 et 1326. S'il fallait le combiner avec l'un ou l'autre de ces articles, et en subordonner l'application à l'observation des formalités qu'ils prescrivent, il en résulterait que ses dispositions ne seraient presque jamais appliquées. Elles en sont donc absolument indépendantes.

Peu importe même la nature du vice pour lequel l'acte a été annulé comme authentique. L'eût-il été pour défaut de signature de la part du notaire, il ne laisserait pas d'être affranchi des conditions du *fait double* ou du *bon pour* (3). Car ce n'est, après tout, qu'un défaut de forme.

4. Mais supposons que l'acte, signé des parties, soit nul comme authentique, soit parce que l'officier public n'avait point qualité pour recevoir l'acte, qui était absolument en dehors de ses attributions (4); soit parce que les parties connaissaient sa suspension, sa destitution ou son remplacement; soit parce que l'acte a été reçu par le clerc du notaire, hors

(1) Duranton, t. 13, n° 71. — Zachariæ, t. 5, p. 642, 1re édit., et t. 8, p. 217, 4e édit. — Maleville, art. 1318. — Favard, Rép., vis *Acte notarié*, § 7, n° 5. — Bonnier, n° 577. — Marcadé, art. 1318, nos 1 et 2. — Locré, t. 12, p. 215. — Cass., 8 mai 1827. Sirey, 27, 1, 453.

(2) Duranton, t. 13, n° 73.

(3) *Contrà*, Riom, 13 juin 1855. Sirey, 56, 2, 273.

(4) Zachariæ, t. 5, p. 642, 1re édit., et t. 8, p. 218, 4e édit. — Duranton, t. 13, n° 74. — Marcadé, art. 1318, n° 5.

la présence de ce dernier, qui l'a signé ou ne l'a pas signé (1); dans ce cas, l'acte ne vaut point comme écriture privée, s'il n'a été fait double, avec mention du fait double, quand il contient des conventions synallagmatiques. C'est qu'alors les parties elles-mêmes ont à s'imputer la faute de ne s'être point adressées à l'officier public institué par la loi, pour imprimer à leur convention le caractère de l'authenticité, et d'avoir eu, au contraire, recours à un individu sans caractère légal et sans droit d'instrumenter. Elles sont, dès lors, censées n'avoir voulu attribuer à l'acte que les effets et la valeur d'une écriture privée, pour la validité de laquelle elles étaient tenues d'observer les formalités prescrites par l'article 1325.

S'il s'agissait d'un simple billet ou promesse, et que l'acte ne contînt ni *bon*, ni *approuvé*, conformément à l'article 1326, il ne vaudrait point également dans la même hypothèse, comme écriture privée, à moins que l'obligé signataire ne se trouvât dans l'une des exceptions prévues par le même article.

Nous verrons, sous l'article 1347 si ces actes peuvent au moins servir de commencement de preuve par écrit.

Mais si l'intention évidente des parties a été, ce qui est le cas ordinaire, de recourir au ministère du notaire afin de conférer à leur acte le caractère de l'authenticité, et que cet officier public, négligeant les devoirs de sa fonction, n'ait pas même été présent à la réception de l'acte qui a été rédigé par son clerc seul, qu'il a néanmoins signé ensuite et rangé parmi ses minutes, cette infraction aux règles notariales entraînera sans doute la nullité de l'acte comme authentique; mais il n'en conservera pas moins toute sa force entre les parties contractantes qui l'auront signé, conformément à notre article et indépendamment de l'application des articles 1325 et 1326 (2).

(1) Zachariæ, t. 5, p. 642, 1re édit., et t. 8, p. 218, 4e édit. — Paris, 17 déc. 1829. Sirey, 30, 2, 119. — Cass., 16 avril 1845. Sirey, 45, 1, 654. — Nancy, 5 déc. 1867. Sirey, 68, 2, 3.

(2) Caen, 23 juillet 1861. Sirey, 62, 2, 59. — Cass., 27 janvier 1869. Sirey, 70, 1, 169. — Cass., 10 décembre 1884, inédit.

5. L'acte nul comme acte authentique, parce que le notaire qui l'a reçu y était personnellement et directement intéressé, soit en son nom propre, soit sous le nom d'un tiers interposé, ne vaut lui-même comme écriture privée, à l'égard de l'officier public, que lorsqu'il a été fait double, ou qu'il contient un *bon* ou *approuvé* en toutes lettres, conformément aux articles 1325 et 1326 (1). Autrement, s'il valait contre la partie signataire, il serait trop facile d'éluder des dispositions protectrices de la simplicité et de la bonne foi. Le notaire ne peut donc se faire un titre de son infraction à ses devoirs; tandis, au contraire, que l'acte vaut contre lui au profit de l'autre partie, parce que cette dernière a employé, en ce qui la concerne, une forme exclusive de formalités qui lui étaient étrangères, et qu'elle ne saurait être victime de l'infraction commise par son adversaire, sans que même elle ait à arguer l'acte de dol et de fraude.

Celui-ci ne pourrait même se prévaloir de l'acte comme constituant un commencement de preuve écrite en sa faveur. Il résulte, en effet, de l'article 1318, C. civ., et de l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI, que l'acte nul ne vaut qu'à l'égard des parties contractantes qui l'ont signé. Or, on ne peut dire du notaire qui l'a reçu qu'il est partie contractante, puisqu'il ne l'a signé que comme officier public, et que sa signature, destinée à lui imprimer le sceau de l'authenticité, n'a été acceptée qu'à ce titre par l'autre partie. L'article 68 se préoccupe enfin si peu de l'intérêt du notaire, qu'en déclarant l'acte valable comme écrit privé, à l'égard des parties contractantes signataires, il leur accorde, s'il y a lieu, une action en dommages et intérêts contre l'officier public (2).

6. Il est évident que l'article 1318 cesse de recevoir son

(1) Orléans, 31 mai 1845. Sirey, 49, 2, 631. — Cass., 15 juin 1853. Sirey, 53, 1, 529. — *Contrà,* Douai, 10 fév. 1851. Sirey, 51, 2, 70. Cassé par arrêt du 15 juin 1853. Sirey, 53, 1, 655.

(2) Cass., 15 juin 1853. Sirey, 53, 1, 655. — Douai, 11 janvier 1862. Sirey, 62, 2, 475.

application dans le cas où la loi fait de la forme authentique la condition essentielle de l'acte. Du moment qu'il ne vaut que comme écriture privée, il n'a absolument aucune valeur.

Tels sont les cas où il s'agit d'une acceptation de transport (1), d'une donation, d'un contrat de mariage (2), de convention d'hypothèque (3).

Mais remarquons que, dans ce dernier cas, l'acte n'est frappé de nullité qu'en ce qui concerne l'hypothèque, et qu'il vaut, pour le surplus de la convention, comme écriture privée. Le créancier pourra, toutefois, en demander la résolution, si ses intérêts sont lésés par le défaut de la garantie hypothécaire promise et stipulée. Il pourra également poursuivre le débiteur en exécution de sa promesse, et exiger qu'il lui confère régulièrement l'hypothèque convenue, comme si elle avait été promise par un acte sous seing-privé.

7. Dans le cas même où il s'agit d'un acte dont la validité est essentiellement subordonnée à la forme authentique, si cet acte contient en outre une convention pour laquelle un acte sous signature privée est suffisant, et que cette convention soit distincte et indépendante du surplus, il vaudra, quoique nul comme authentique, comme écriture privée pour cette dernière partie. Ainsi, le contrat de mariage, quoique nul comme acte authentique, vaudra néanmoins comme écrit privé, en ce qui concerne les cessions de droits que les futurs époux y ont pu faire en faveur de tiers étrangers.

8. Pour que l'acte nul comme authentique puisse valoir comme écriture privée, il faut qu'il soit signé des parties. Mais est-il nécessaire qu'il soit signé de toutes les parties? L'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI dispose que l'acte authentique nul pour contravention aux dispositions qu'il énumère, vaudra néanmoins comme écrit sous seing-privé, s'il est signé de

(1) Cass., 29 juillet 1863. Sirey, 63, 1, 477.
(2) Duranton, t. 14, n° 45. — Caen, 9 mai 1844. Sirey, 45, 2, 76.
(3) Duranton, t. 13, n° 69.

toutes les parties contractantes. Il semble donc que la question soit tranchée par cette disposition, et par l'article 1318 qui ne saurait avoir un sens différent. Ne nous hâtons point, cependant, d'en conclure que la loi exige, à peine d'inefficacité, que l'acte soit revêtu de la signature de toutes les parties.

On ne peut d'abord s'empêcher de reconnaître que, s'il s'agit d'un acte par lequel une ou plusieurs personnes contractent des obligations unilatérales, tel qu'un prêt, un cautionnement, une reconnaissance, une promesse de payer, l'acte vaudra comme écriture privée, bien qu'il ne porte pas la signature du créancier, s'il est signé des obligés. De semblables actes ne sont, en effet, jamais signés du créancier ; ils le sont seulement de celui ou de ceux qui s'obligent, et la loi ne saurait exiger que l'acte nul comme acte authentique remplit, pour valoir comme écrit privé, des conditions autres que celles qu'elle exige d'un écrit sous seing-privé proprement dit (1).

9. Mais l'acte cessera-t-il d'avoir aucune valeur si l'un ou quelques-uns des coobligés ne l'ont point signé, soit qu'il s'agisse de convention unilatérale ou synallagmatique? Quant à celui ou ceux qui l'ont signé, l'acte conserve à leur égard, dans une certaine mesure que nous préciserons, la force probante d'un écrit privé ; mais quant aux autres, à défaut de leurs signatures, il ne fournit absolument aucune preuve de leur engagement. Il n'est pas rare d'ailleurs, en droit, que la convention soit prouvée à l'égard de l'un des obligés, et qu'elle ne le soit pas à l'égard des autres. Or, dans une semblable hypothèse, que doit-on décider, soit quant à la valeur de l'acte comme preuve de la convention, soit quant à l'existence même du contrat, comme principe d'obligations?

Avant tout, il faut soigneusement distinguer le contrat duquel naissent les obligations, de l'acte destiné à en établir l'existence. Un contrat peut être entaché au fond de vices qui

(1) DURANTON, t. 13, n° 73. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 643, n^te^ 57, 1re édit., et t. 8, p. 219, n^te^ 75, 4e édit.

le soumettent à une action en nullité ou en rescision, et son existence être cependant établie par un acte parfaitement régulier et irréprochable sous tous les rapports.

Au contraire, il peut arriver qu'une convention valable existe, sans que l'acte destiné à la constater soit également valable. L'on doit ainsi se garder de confondre la convention avec sa preuve. Or, nous supposons ici un contrat régulier, préexistant, et nous avons à apprécier, comme preuve de son existence, un acte nul comme acte authentique.

D'autre part, cette convention dont nous supposons la préexistence peut être établie autrement que par cet acte. Elle peut l'être, par exemple, par l'aveu des parties, par la preuve testimoniale, par des présomptions appuyées ou non d'un commencement de preuve par écrit. Ces moyens de preuve peuvent même concourir pour en constater l'existence, à l'égard de chacun des obligés contre lequel ils sont particulièrement proposables. Ils suppléent, à l'égard de celui ou de ceux qui n'ont point signé, l'absence de leurs signatures sur l'acte nul comme acte authentique. La convention sera donc prouvée vis-à-vis de ceux qui ont signé par l'acte même, et vis-à-vis des autres qui n'ont point signé, par tous autres moyens de preuve admis par la loi. Nous sommes donc déjà fondé à dire que l'acte nul comme authentique a néanmoins une certaine valeur comme écriture privée, à l'égard des parties qui l'ont signé.

Mais fera-t-il contre elles foi complètement? aura-t-il toute la force probante d'un véritable acte sous seing-privé? Nous avons déjà dit que l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI, voulait que l'acte nul, comme authentique, fût signé de toutes les parties contractantes, et que l'article 1318, sans être aussi formel, n'était cependant pas susceptible d'une interprétation différente. Alors donc que l'acte n'est pas signé de toutes parties, c'est-à-dire de tous ceux qui contractent quelque engagement, il n'a point toute la force probante d'un acte privé proprement dit, même à l'égard de ceux qui l'ont signé.

Autrement, l'inobservation de la loi du 25 ventôse an XI et de l'article 1318 n'aurait aucune espèce de sanction.

Nous ajoutons que si l'acte continuait à faire preuve complète de la convention contre les signataires, il en résulterait une injuste inégalité entre leur position et celle des non signataires. Ces derniers pourraient, en effet, l'acte ne prouvant rien contre eux, reconnaître ou dénier, suivant leur intérêt, l'existence de la convention (1).

La preuve sera même incomplète, dans le cas où les non signataires se sont obligés solidairement avec ceux qui ont signé l'acte. Leur concours dans l'obligation intéresse, en effet, les codébiteurs aussi bien que le créancier (2). L'acte demeuré imparfait, par le défaut de signature d'un ou de plusieurs obligés, ne vaudra donc, à l'égard des signataires eux-mêmes, que comme commencement de preuve par écrit.

Mais aussitôt que la convention est établie envers les non signataires, soit par leur aveu, soit par leur offre de signer l'acte, ou par tout autre moyen légal de preuve, l'acte commence à faire preuve complète contre les signataires. Son imperfection comme preuve étant d'ailleurs réparée, ils n'ont désormais ni droit ni intérêt de l'opposer.

10. De ces principes va maintenant découler la solution des autres questions que nous avons posées. Nous supposons un contrat par lequel plusieurs personnes se sont imposé des obligations unilatérales, et, pour l'établir, un acte nul comme authentique, qui n'est signé seulement que par un ou plusieurs des obligés. Si le créancier établit, suivant son droit, à l'égard de ceux qui n'ont point signé, l'existence de leur engagement par d'autres moyens légaux de preuve, il n'y a aucune difficulté ; la convention prouvée doit être exécutée.

Mais si cette preuve n'est point faite envers ceux qui n'ont

(1) Toullier, t. 8, n° 103. — Zachariæ, t. 5, p. 643, n^te^ 57, 1re édit., et t. 8, p. 219, n^te^ 75, 4e édit.

(2) Toullier, t. 8, n° 103.

point signé l'acte, la convention devra-t-elle être également maintenue, soit contre le créancier, soit contre les obligés signataires? Nous touchons alors à l'existence même du contrat.

S'il contient plusieurs engagements particuliers et indépendants les uns des autres, ou s'il est établi que, suivant l'intention commune des parties, l'obligation unique n'était point, dans son accomplissement, subordonnée au concours de toutes les personnes qui y figurent comme obligés conjoints ou solidaires; alors le contrat doit être maintenu et exécuté à l'égard du créancier et des obligés signataires, quoique, en l'absence d'une preuve régulière, par rapport aux autres, il ne puisse l'être à l'égard de ces derniers (1).

Mais s'il est établi, au contraire, que les divers engagements compris dans l'acte ont été considérés comme formant un tout indivisible, ou que l'exécution de l'obligation unique était subordonnée au concours de tous les obligés, dans l'un et l'autre cas la convention doit être résolue et révoquée, soit sur la demande du créancier ou sur celle des autres parties contractantes. Le défaut de preuve à l'égard des non signataires de l'acte ayant pour conséquence de les faire réputer non obligés, si le contrat était néanmoins maintenu à l'égard du créancier ou des autres contractants signataires, les seuls qui soient dès lors engagés, il en résulterait une violation de la commune intention des parties contractantes (2).

Tel est le cas d'un emprunt solidairement contracté par plusieurs, dont un seul ou quelques-uns seulement ont signé l'acte. Le créancier est intéressé à conserver les garanties résultant du concours solidaire de tous les emprunteurs; et de leur côté, les signataires de l'acte ne sauraient être retenus seuls comme engagés, parce qu'ils seraient privés du recours sur lequel ils ont dû compter contre leurs consorts non signataires.

(1) Voy. Cass., 26 janvier 1870, Sirey, 70, 1, 169.
(2) Marcadé, art. 1318, n° 4.

Supposons maintenant une convention contenant des obligations synallagmatiques. Pour que l'acte nul comme authentique puisse valoir comme écriture privée, il faut qu'il soit signé également de toutes parties contractantes. Si une seule l'avait signé, il ferait sans doute, dans une certaine mesure, preuve contre elle; mais la convention ne devrait être exécutée que dans le cas où elle serait établie contre l'autre partie par un moyen quelconque de preuve, par exemple, par son aveu. Car, du moment qu'elle contient des obligations synallagmatiques, elles ne peut exister pour l'une et ne pas exister pour l'autre.

Ainsi, lorsque le vendeur seul a signé l'acte, il y a contre lui preuve du contrat; mais il ne peut en poursuivre l'exécution contre l'acquéreur qu'en justifiant à son égard l'existence de la vente par l'un des moyens de preuve autorisés par la loi.

La dénégation ou contestation opposée par la partie non signataire rend immédiatement à celle qui a signé l'acte toute sa liberté. N'existant plus pour elle, le contrat n'existe pas non plus à l'égard de son adversaire.

Si le contrat contenant des obligations synallagmatiques intéresse de part et d'autres plusieurs personnes engagées conjointement ou solidairement, et qu'il résulte de leur intention commune qu'il ne doit être exécuté qu'à l'égard de tous, son exécution étant subordonnée, dans ce cas, au concours de toutes parties, le défaut de signature de la part de quelques-uns autorise les signataires à demander que le contrat soit révoqué et considéré comme inexistant. S'il était, en effet, exécuté à l'égard des seuls signataires, cette exécution divisée en serait la violation formelle; et, si l'exécution en était totale et indivisible envers eux, elle aggraverait d'une manière inique les obligations qu'ils ont contractées (1).

Ce n'est pas que l'acte réduit à la valeur d'un acte sous

(1) Cass., 26 juill. 1832. Sirey, 32, 1, 492.

seing-privé ne fasse point preuve contre les signataires; mais le contrat n'étant point également établi à l'égard de tous, ce défaut de preuve, qui en altère l'indivisibilité, a pour conséquence d'en entraîner, par rapport à tous, la révocation absolue.

Du reste, il peut être supplée par la production d'autres éléments de preuve; et aussitôt que les signataires de l'acte intéressés à l'exécution de la convention en auront légalement prouvé l'existence envers les non signataires, elle devra recevoir son exécution. Mais l'administration de cette preuve serait tardive et irrecevable, si elle n'avait lieu qu'après que la révocation de la convention aurait été prononcée ou reconnue.

11. M. Toullier (1) semble n'attacher au défaut de signature de la part d'un ou de plusieurs contractants, d'autre effet que d'autoriser les signataires à rétracter leur consentement, et à se dégager du contrat au moyen de cette rétractation, mais seulement tant que les non signataires n'ont pas eux-mêmes déclaré accepter la convention, y adhérer et être prêts à donner leurs signatures.

Cette opinion nous paraît reposer sur une confusion manifeste. Il est, en effet, inexact de prétendre que le défaut de signatures de la part de quelques-uns sur l'acte destiné à en constater l'existence, rende la convention imparfaite. Ceci nous étonne, d'autant plus que M. Toullier s'est appliqué avec le plus grand soin à distinguer le fait même du contrat des moyens de preuve. Non, la convention n'est point imparfaite, parce que l'acte n'est pas revêtu de la signature de tous les contractants. C'est seulement sa preuve qui est incomplète, et, si l'insuffisance ou l'absence de preuve autorise une dénégation, on ne peut dire qu'elle autorise une rétractation, alors surtout qu'il s'agit d'une rétractation émanée d'un signataire de l'acte. La seule chose qu'il puisse faire, nous l'avons déjà

(1) T. 8, nos 185 et suiv.

dit, c'est de se fonder sur ce que les non signataires ne sont point également engagés, pour poursuivre la révocation du contrat, lorsqu'il est intéressé à ce que tous concourent à son exécution. Mais cette demande de révocation n'est point une rétractation de consentement; car, bien loin de supposer l'imperfection du contrat par le défaut de lien, elle en suppose seulement l'inexistence à défaut de preuve. Il est si bien supposé formé, que les parties signataires sont admises à fournir la preuve de son existence par tous les moyens légaux.

12. Il est, par suite, inexact de prétendre, comme s'il s'agissait d'un projet de convention resté à l'état de simple proposition, que le contrat ne peut plus utilement se reformer après la mort de l'une des parties signataires ou non signataires de l'acte; que, de ce moment-là, le concours des volontés n'est plus possible; que, dès lors, les signataires offriraient vainement d'exécuter à eux seuls le contrat, de même que les non signataires en reconnaîtraient vainement l'existence, ou déclareraient qu'ils sont prêts à signer l'acte (1).

Cette opinion de M. Toullier, contraire à tous les principes, résulte d'une fausse appréciation de la situation des parties. Il ne s'agit point, en effet, de l'inexistence ou de l'imperfection du contrat, mais seulement de sa preuve. Or, les héritiers de toutes parties, si la convention n'est propre à la personne de leur auteur, peuvent toujours efficacement en reconnaître ou en établir l'existence.

13. Il arrive quelquefois que les parties conviennent qu'il sera passé acte de leur contrat, en en faisant dépendre l'existence de la passation régulière et légale de cet acte qui doit en contenir la preuve. Son irrégularité suffit alors pour établir la défaillance de la condition, et pour faire considérer le contrat qui dépendait de son accomplissement, comme n'ayant jamais existé (2).

(1) Toullier, t. 8, nº 139.
(2) Toullier, t. 8, nº 140.

Mais il ne faut point assimiler ce cas à celui où les parties seraient convenues de passer acte de leur convention, sans en subordonner l'existence à la régularité et à la perfection de l'acte à intervenir. Tout irrégulier et imparfait qu'il soit comme preuve, cet acte n'en établit pas moins un commencement de preuve contre les parties signataires, sauf à celles qui en poursuivent la reconnaissance ou l'exécution à en établir l'existence contre les autres parties non signataires, par tous les moyens de droit (1).

14. L'état d'imperfection de l'acte, nul comme authentique, peut souvent servir lui-même à prouver que les parties n'ont rien fait de définitif, et qu'elles se sont arrêtées dans la consommation du contrat.

Par exemple, le défaut de signature de quelques-unes des parties, sachant signer, peut, suivant les circonstances, faire présumer que la convention n'est qu'une ébauche qui n'a rien d'obligatoire pour personne. Mais cette présomption, si elle n'est corroborée par d'autres indices, est généralement bien faible, lorsqu'il s'agit d'un acte passé dans la forme authentique, parce que l'intervention d'un officier public fait supposer que le contrat avait été déjà formé entre les parties, et que celles-ci n'ayant plus le droit de s'en départir, ne sont pas facilement présumées s'être rétractées.

Article 1319.

L'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants-cause. — Néanmoins, en cas de plainte en faux principal, l'exécution de l'acte argué de faux sera suspendue par la mise en accusation; et, en cas d'inscription de faux faite incidemment, les tribunaux pourront, suivant les circonstances, suspendre provisoirement l'exécution de l'acte.

(1) Toullier, *ibid.* — Duranton, t. 13, nº 79.

Sommaire.

1. Ce que c'est que l'authenticité.
2. De la force probante et de la force exécutoire des actes.
3. Des choses dont l'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux.
4. Suite.
5. Suite.
6. Suite.
7. De la foi due aux opinions personnelles de l'officier public.
8. Suite.
9. Différences entre la preuve et la validité de la convention ou disposition.
10. Renvoi, quant aux moyens de preuve admissibles pour en établir l'inefficacité ou la nullité.
11. De la preuve de ce qui est allégué comme convenu outre et contre la teneur de l'acte.
12. Renvoi.
13. De la preuve de certains faits non mentionnés dans l'acte. Heure. Date.
14. La production de l'acte dispense de toute autre preuve.
15. L'acte authentique fait pleine foi envers les tiers,
16. Sans préjudice des dispositions de l'article 1165.
17. De l'inscription de faux contre l'acte authentique,
18. Ou contre la grosse ou expéditton d'un pareil acte.
19. Du faux incident civil et du faux principal criminel.
20. Les juges peuvent admettre ou rejeter la demande en inscription de faux.
21. Ils peuvent, sans inscription, déclarer la pièce fausse ou falsifiée,
22. Mais sur les seuls éléments acquis dans l'état actuel de la cause.
23. En certains cas, ils peuvent suspendre l'exécution de l'acte attaqué.
24. La poursuite criminelle oblige de surseoir au civil.
25. Hors ces cas, l'exécution provisoire appartient à l'acte authentique.
26. Des actes reçus par des officiers publics étrangers.

COMMENTAIRE.

1. Dans son sens rigoureux et propre, le mot, authentique, signifie qui a un auteur certain. L'acte dressé par un officier public ayant droit d'instrumenter est donc authentique, parce que sa signature, qui est l'expression définitive de son attesta-

tion personnelle, est réputée certaine et connue. C'est dans cette certitude présumée, que la loi place et trouve des garanties de vérité et de sincérité, dont l'authenticité de l'acte est à la fois l'expression et le résultat.

Mais l'authenticité elle-même n'est attachée qu'au caractère dont est revêtu l'officier public. Quelque certaine, connue et incontestable que soit la signature d'une personne privée, elle ne saurait attribuer à l'acte auquel elle est opposée aucun caractère authentique. Le droit de le conférer est une prérogative de l'autorité publique, prérogative qui, par l'effet de la délégation du souverain, n'appartient qu'au fonctionnaire auquel la loi donne sa confiance et dont elle consacre le témoignage.

Ce n'est pas que la signature de l'officier public ne puisse être réellement non connue, fausse ou contrefaite. Mais elle a pour elle une présomption de notoriété, de certitude et de sincérité qui doit être combattue par la partie qui la conteste, au moyen de l'administration, suivant certaines règles, de la preuve contraire.

Pour mieux garantir la vérité et la sincérité de la signature de l'officier public; pour donner autant que possible à la fiction de notoriété de droit sur laquelle l'authenticité est fondée, le caractère d'une notoriété réelle de fait, la loi exige en général sur l'acte représenté l'apposition du sceau du fonctionnaire, et, dans certains cas, la légalisation de sa signature.

Le sceau, sans suppléer la signature et en tenir lieu, comme dans les temps d'ignorance et de barbarie, n'a aujourd'hui d'autre effet que d'en appuyer et corroborer la présomption de sincérité. Il n'est qu'un signe matériel et une marque sensible de l'autorité publique de laquelle l'acte est émané.

Quant à la légalisation, elle est l'attestation que donne le magistrat supérieur, de l'existence et de la vérité de la signature apposée par l'officier public. Mais, nous l'avons déjà remarqué, l'absence du sceau ou de la légalisation n'altère en rien le caractère authentique de l'acte, et autorise seulement le

juge à surseoir jusqu'à ce que ces formalités accessoires aient été remplies.

2. Nous n'avons à nous occuper ici que de la force probante de l'acte authentique, et nullement de sa force exécutoire. Nous remarquerons seulement que les actes authentiques sont les seuls qui emportent voie d'exécution parée; que cette force exécutoire de l'acte est elle-même, plus encore que sa force probante et à un degré plus éminent, attaché à la prérogative de l'autorité publique, bien qu'elles soient l'une et l'autre également inséparables du caractère d'authenticité. Nous ajouterons que, si les actes exécutoires sont tous essentiellement des actes authentiques, tout acte authentique n'est point par cela seul susceptible d'exécution parée. Ainsi, les actes notariés et de justice, sont les seuls qui soient investis de la force exécutoire.

Quant à la force probante des actes authentiques, l'article 1319 est ainsi conçu : « L'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes, et leurs héritiers ou ayants-cause. » C'est cette pleine foi qui caractérise l'authenticité, lorsqu'on considère l'acte comme constituant un moyen de preuve.

3. La loi veut-elle dire que l'acte authentique fait pleine foi de tous les faits qu'il mentionne; qu'il n'y a à faire entre eux, sous ce rapport, aucune espèce de distinction? Les principes sont sur ce point depuis longtemps solidement arrêtés. L'acte authentique ne fait pleine foi que des faits dont l'officier public qui les y a mentionnés a été, dans l'exercice de ses fonctions, personnellement l'agent ou le témoin.

Ainsi, quant à sa passation, l'acte fait foi de l'identité, soit des parties, soit du fonctionnaire, soit des témoins instrumentaires qui y figurent; des signatures qui y sont apposées; du lieu où il a été reçu; de la date qu'il énonce; enfin, de l'accomplissement de toutes les formalités dont il indique l'observation, ainsi que des conditions matérielles de sa rédaction même, telles que la ponctuation (1).

(1) Limoges, 14 août 1810, et Cass., 12 juin 1811. Sirey, 12, 2, 385.

4. Quant au fait juridique lui-même, *res ipsa*, soit qu'il s'agisse d'une convention ou d'une disposition, l'acte authentique fait également foi de ce qui y est constaté comme ayant été convenu, disposé, énoncé, déclaré, dit ou fait par les parties, en sa présence et dans l'exercice de ses fonctions (1).

M. Toullier (2) a donc raison de critiquer la rédaction de l'article 1319 ; ce n'est pas, en effet, de la convention seulement que l'acte authentique fait pleine foi, c'est encore de tout fait quelconque que l'officier public y a régulièrement mentionné comme ayant été accompli par lui-même ou en sa présence. Mais dans cette limite, il fait pleine foi, sans qu'il soit besoin de vérifier préalablement, soit la signature du fonctionnaire public, soit celles des parties et des témoins instrumentaires ; sans qu'il soit besoin non plus que le demandeur justifie ou explique au préalable la sincérité et la vérité des mentions régulièrement établies, sur lesquelles il fonde ses prétentions. L'acte authentique se suffit à lui-même pour la justification de sa teneur, et la partie qui en conteste les énonciations doit, ainsi que nous l'expliquerons plus loin, se pourvoir contre la foi absolue et complète qui lui est due, par une procédure particulière, connue sous le nom de l'inscription de faux.

5. Afin de dissiper autant que possible toute espèce de confusion sur ce point, nous devons insister sur les conditions requises pour que l'acte authentique fasse pleine foi de ses mentions et constatations. Il faut que les faits dont il mentionne l'existence soient tels que l'officier public les ait accomplis lui-même personnellement, ou qu'ils aient été accomplis en sa présence, dans l'exercie de ses fonctions. Si, en effet, la loi consacre son témoignage, et si elle lui confère l'éminente prérogative d'attribuer à l'acte de son ministère le caractère de l'authenticité, ce n'est qu'à la condition qu'il pourra, soit

(1) TOULLIER, t. 8, n[os] 144 et suiv. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 633, 1[re] édit., et t. 8, p. 210, 4[e] édit. — MARCADÉ, art. 1319, n° 1.
(2) T. 8, n° 147.

comme agent lui-même, ou comme témoin, rendre personnellement témoignage des faits qu'il énonce. Or, il ne pourra témoigner que des faits dont il aura acquis une connaissance personnelle par ses propres sens de l'ouïe ou de la vue. Le notaire, par exemple, et ceci est vrai de tout officier public, ne peut dresser acte que de ce qui a été fait en sa présence par les parties, sous le consentement de ces dernières, et dont il a une connaissance personnelle, pour l'avoir, de ses propres sens, vu et entendu : *Tabellarius non potest intrumentum conficere nisi de eo tantum quod in suâ præsentiâ geritur a partibus et ab earum consensu pendet, cujus notitiam et scientiam habet propriis sensibus visûs et auditûs* (1).

L'acte authentique fera donc pleine foi de la numération d'espèces qui aura eu lieu en présence du notaire, ou de la prise de possession qu'il aura été requis de constater sur place. Ce sont des faits qu'il a connus, pour les avoir vus s'accomplir, ou les avoir accomplis lui-même.

Mais que les parties aient déclaré seulement que les espèces avaient été précédemment comptées, la prise de possession antérieurement effectuée; l'acte authentique fera bien pleine foi de l'existence de cette déclaration de leur part; mais comme l'officier public n'a point concouru personnellement, comme auteur ou comme témoin, à la numération des deniers ou à la prise de possession, et qu'il ne peut, dès lors, les constater que sur la déclaration qui lui en a été faite, son acte cesse de faire pleine foi, jusqu'à inscription de faux, de l'existence et de la sincérité des faits qui lui ont été déclarés. Les parties seules en ont porté et pu porter témoignage; quant à l'officier public, il n'a fait que le recueillir comme rédacteur de leurs déclarations à cet égard, sans qu'il puisse en attester l'exactitude et la vérité (2).

Cette distinction conduit à la conséquence suivante : si la

(1) Dumoulin, *Cout. de Paris,* tit. 1, § 8, n° 64.
(2) Cass., 22 novembre 1869. Sirey, 70, 1, 339.

partie à qui on l'oppose conteste et dénie la déclaration ou reconnaissance du payement, soit de la prise de possession antérieure, elle sera tenue de se pourvoir contre la pleine foi due à l'acte authentique par la voie de l'inscription de faux. Si, au contraire, sans contester ni dénier cette déclaration ou reconnaissance émanée d'elle, elle se borne à prétendre que le payement ou la prise de possession reconnus et déclarés sont des faits inexacts, faux ou simulés, elle ne sera pas obligée de combattre la foi due à l'acte par la voie extraordinaire et exceptionnelle de l'inscription de faux. Il lui suffira d'administrer la preuve contraire.

6. Mais ce n'est point assez que l'officier public ait acquis par ses propres sens une connaissance personnelle des faits qu'il mentionne dans son acte. Il faut qu'il l'ait acquise dans l'exercice même de ses fonctions, et au moment même de la passation de l'acte, *tempore instrumenti gesti*, comme dit Dumoulin (1).

Alors seulement il a le droit d'en rendre un témoignage public, et de conférer à son acte le caractère d'authenticité. Quant aux faits qu'il aurait connus hors de l'exercice actuel de ses fonctions, alors même qu'ils se réfèrent à une convention, une disposition ou tout autre acte qu'il a été requis plus tard de constater, il ne peut les établir et en témoigner authentiquement que sur la déclaration des parties contractantes, sans que la mention qu'il en aura faite dans l'acte établisse, jusqu'à inscription de faux, l'existence et la sincérité du fait en lui-même. Tel est le cas où un notaire, en dehors de ses fonctions, a été présent au payement anticipé du prix d'une vente dont plus tard il a rédigé acte, en mentionnant, sur la déclaration des parties, le payement qu'il ajoute avoir été fait antérieurement en sa présence. Foi est due à l'acte, jusqu'à inscription de faux, quant à l'existence de la déclaration faite;

(1) TOULLIER, t. 8, n°s 145, 148 et suiv.

mais il n'en est pas ainsi du fait même du payement dont le notaire, du moment qu'il en a acquis connaissance hors de ses fonctions, n'en peut rendre et n'en rend effectivement qu'un témoignage privé.

7. Quant aux énonciations qui ne sont que l'expression de l'appréciation individuelle de l'officier public, elles ne font pas foi jusqu'à l'inscription de faux de la vérité des faits auxquels elles se rapportent. Qu'un notaire, par exemple, mentionne dans une donation, dans un testament ou dans tout autre acte, que l'esprit des parties était sain, leur consentement libre et éclairé; une pareille mention ne fait nullement preuve de l'état moral et intellectuel qu'elle exprime. De semblables faits, par leur nature même, échappent à toute authenticité, parce que l'officier public ne peut en apprécier l'existence que par les lumières de sa propre raison, sujette à erreur, sans qu'il puisse s'en convaincre par le témoignage de ses sens (1). La preuve contraire est donc recevable sans inscription de faux; car elle n'attaque point l'acte dans les énonciations que le notaire avait qualité et droit d'y insérer en leur imprimant le sceau de l'authenticité. Mais il y aurait nécessité de prendre la voie de l'inscription de faux, si les faits articulés pour établir la démence et l'insanité de la personne, étaient en contradiction avec ceux que le notaire a pu constater en les marquant du sceau de l'authenticité. Tel serait le cas où le notaire ayant établi dans son acte que le testateur a dicté son testament, on offrirait la preuve, en vue d'établir son imbécillité ou son insanité d'esprit, qu'il pouvait à peine articuler des mots qui fussent entendus (2).

Hors ces cas particuliers, l'exception cesse, et la règle reprend son empire; c'est-à-dire que les mentions qui ne font

(1) Toullier, t. 8, n° 145, en note. — Zachariæ, t. 5, p. 16 et 633, 1re édit., et t. 7, p. 17, et t. 8, p. 211, 4e édit. — Boncenne, *Procédure civile*, t. 4, p. 35.

(2) Cass., 1er déc. 1851. Sirey, 52, 1, 25.

qu'exprimer l'appréciation individuelle du notaire, peuvent être contredites sans inscription de faux préalable.

8. Il en est de même des mentions de toute nature concernant les qualifications données aux parties, ou les circonstances morales de l'acte, soit que l'officier public les y ait insérées comme expression de son opinion personnelle, ou comme expression des déclarations faites à cet égard par les parties contractantes.

Ainsi, le contrat de mariage a eu lieu le même jour que l'acte de mariage. Dans le contrat il est énoncé que les parties qualifiées de futurs époux ont, dans la vue du mariage proposé, ainsi réglé leurs conventions matrimoniales. Plus tard on prétend que le contrat est nul, comme ayant été passé après la célébration du mariage. La preuve est admissible sans inscription de faux. Les énonciations de l'acte ne sauraient, en effet légalement prouver que le mariage n'a point été célébré antérieurement à la rédaction du contrat, parce qu'elles sont étrangères aux faits que le notaire avait qualité et mission de constater. Que si on prétend que la qualification de futurs époux, et l'énonciation que le mariage était simplement projeté, sont le résultat des déclarations faites par les parties contractantes, l'acte prouve bien alors, jusqu'à inscription de faux, que ces déclarations ont été faites au notaire; mais elles ne font pas également preuve que le mariage n'avait point été célébré avant la rédaction des conventions matrimoniales. La preuve contraire est donc recevable, sans qu'il soit nécessaire de s'inscrire préalablement en faux (1).

9. Il est une autre confusion contre laquelle il importe de se tenir en garde. Autre chose est l'existence de la convention, de la disposition ou de tout autre acte, lorsqu'il s'agit simplement d'en administrer la preuve ; autre chose, leur validité et efficacité, lorsqu'il s'agit d'en poursuivre et obtenir l'exécu-

(1) Cass., 18 août 1840. Sirey, 40, 1, 785.

tion. Cette différence, est, en quelque sorte, la même qu'entre la forme et le fond.

Considéré comme moyen de preuve, l'acte authentique fait sans doute pleine foi, jusqu'à inscription de faux, des conventions, dispositions, déclarations, aveux, reconnaissances, interpellations, réponses, numérations de deniers, réceptions et prises de possession de choses mobilières ou immobilières, en un mot, de tous les faits juridiques pour la constatation desquels le ministère de l'officier public a été régulièrement requis et exercé. En contester ou dénier l'existence ou l'exactitude, c'est attaquer la foi due à l'acte, parce que ces faits sont de ceux de la vérité et sincérité desquels le fonctionnaire a pu se convaincre sur le témoignage de ses sens, et à la constatation desquels il a pu dès lors attacher le caractère d'authenticité.

Alors, au contraire, qu'il s'agit au fond de la validité ou de l'efficacité de la convention ou de la disposition en elle-même, la même foi que la loi commande envers l'acte authentique cesse de lui être due. Il n'en fait plus preuve absolue et complète jusqu'à inscription de faux, et foi ne lui est due seulement que jusqu'à preuve contraire. La partie qui l'attaque est tenue alors d'administrer cette preuve, conformément aux principes généraux du droit qui lui imposent la charge de prouver sa demande ou son exception.

Quel que soit le caractère d'authenticité dont l'acte est revêtu, la partie ou le tiers qui attaque la convention ou la disposition, pour cause de simulation ou de nullité, pourra donc, sans être assujetti à l'inscription de faux, administrer par tous les moyens de droit la preuve de son exception ou de sa demande. Il n'attaque point en effet, dans ce cas, la pleine foi due à l'acte authentique ; il ne conteste ni ne dénie l'exactitude et la vérité des mentions qu'il contient, en tant qu'on le considère comme moyen de preuve. Il se borne, sauf respect pour l'authenticité de l'acte, à attaquer au fond et en elles-mêmes la convention ou la disposition, pour cause de simulation ou

de nullité, à raison des vices intrinsèques et radicaux dont elles sont affectées. Or, ces vices constituent des faits moraux qui, par leur nature même, demeurent tout à fait en dehors du caractère authentique de l'acte, puisque l'oficier public, qui ne peut les connaître par ses propres sens, ne peut faire de leur existence ou non existence l'objet d'aucune mention ou constatation régulière. L'action en simulation, en rescision ou en nullité est donc tout aussi recevable contre la convention constatée par acte authentique, que si elle était dirigée contre une convention établie par acte sous signature privée (1).

Ainsi, la preuve de la simulation frauduleuse d'une quittance authentique est recevable sans inscription de faux (2). On peut de même établir, l'article 1319 recevant exception quand l'acte est attaqué pour cause de dol, de fraude et de nullité, qu'il constitue non une donation, ni une cession de droits successifs aux risques et périls des cessionnaires, mais un acte équivalent à partage, ayant pour objet de faire cesser l'indivision (3).

Comme il n'y a pas de principe plus incontestable en droit et mieux établi en jurisprudence, il nous suffit d'énoncer d'une manière générale que, sans recourir à l'inscription de faux, alors même que l'on argumente, à l'appui de ses prétentions, de l'invraisemblance, de la fausseté et des contradictions des mentions contenues en l'acte authentique, on peut, par la preuve contraire, simplement proposée et admise suivant les principes généraux du droit, établir, par exemple, que l'acte est nul ou rescindable pour cause d'erreur, de dol, de violence, d'incapacité ou de tout autre vice;

Qu'il contient une simulation dans sa cause et dans son caractère ; qu'ainsi, l'acte portant en apparence les caractères

(1) TOULLIER, t. 8, nº 65. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 635, 1re édit., et t. 8, p. 212, 4e édit. — DURANTON, t. 13, nº 85. — BONCENNE, *Procédure civile*, t. 4, p. 3. — Cass., 19 déc. 1877. SIREY, 78, 1, 169. — 26 juin 1883. SIREY, 84, 1, 367.

(2) Cass., 4 fév. 1836. SIREY, 36, 1, 839.

(3) Cass., 2 mars 1837. SIREY, 37, 1, 985.

extérieurs d'une donation constitue en réalité un acte à titre onéreux, ou bien, au contraire, que l'acte déguisé sous les apparences d'un contrat à titre onéreux, n'est au fond qu'une donation excédant la quotité disponible ou faite à un incapable;

Qu'en fraude des droits des tiers qui sont admis à exercer le retrait, l'acte authentique énonce un prix exagéré pour la cession de droits successifs (841) ou de droits litigieux (1699), ou qu'il mentionne faussement, dans ce dernier cas, que la cession a été faite à un créancier du cédant, et en payement de ce qui lui est dû (1701);

Que la numération des deniers, faite en la présence du notaire et constatée dans l'acte authentique, n'a été qu'une simulation frauduleuse et un jeu destiné à masquer, soit une stipulation usuraire, soit toute autre fraude commise à la personne ou à la loi (1);

Enfin, que la convention, bien qu'elle présente en apparence les caractères légaux de tout autre contrat licite, ne constitue en réalité et au fond qu'une convention contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public, ou prohibée par la loi.

10. La seule difficulté qui se présente alors est, non pas de savoir si la preuve, sans inscription de faux, est admissible, mais quels sont les moyens de preuve recevables, c'est-à-dire si le demandeur peut établir ses prétentions par la preuve testimoniale et par simples présomptions, ou bien, au contraire, s'il doit les justifier au moyen d'une preuve écrite, ou tout au moins d'un commencement de preuve par écrit. Nous examinerons ailleurs cette question (2).

11. Le caractère authentique de l'acte ne fait pas non plus obstacle à ce que l'on puisse, sans inscription de faux, pré-

(1) Cass., 13 juillet 1871. Sirey, 74, 1, 469. — 14 juillet 1874. Sirey, 75, 1, 11.

(2) Voy. art. 1348, nos 14 et suiv.

tendre que la convention a été modifiée, bien que l'acte ne le mentionne pas ou énonce le contraire, par des clauses particulières qui ont été stipulées, pour y déroger, avant, lors ou depuis cet acte (1).

Ainsi, le débiteur est autorisé à prouver qu'il a terme pour le payement; que sa dette est soumise à une condition suspensive ou résolutoire; qu'il ne doit pas d'intérêts, qu'il les doit à un taux moindre; que le montant de son obligation doit être réduit, bien que l'acte authentique qui constate l'engagement garde, sur ces divers points, un silence complet, ou contienne des mentions expressément contraires. Une semblable offre de preuve, outre ou contre la teneur de l'acte, ne constitue pas, en effet, une attaque qui soit dirigée contre la foi due à l'acte authentique. Il n'en continue pas moins de faire preuve de l'existence et de la vérité des faits qui y sont établis avec le caractère de l'authenticité. Mais comme les clauses particulières par lesquelles le demandeur prétend que la convention a été modifiée, n'ont été ni débattues, ni arrêtées en sa présence, l'officier public n'a eu ni qualité ni droit d'en constater l'existence ou la non existence. Les mentions et constatations insérées dans son acte ne sauraient donc ni en exclure l'existence, ni en repousser la preuve, bien qu'elles fassent pleine foi des faits qui forment la matière de la convention et y sont authentiquement établis.

12. Mais quels sont, dans ce cas, les moyens de preuve contraire admissibles? Le demandeur est-il autorisé à faire la preuve offerte au moyen de simples témoignages ou de présomptions? Doit-il, au contraire, administrer une preuve écrite? Ou, s'il invoque des témoignages ou des présomptions, ne doit-il pas, pour faire accueillir ce genre de preuve, les appuyer sur un commencement de preuve par écrit? Questions importantes, dont nous renvoyons l'examen au commentaire de l'article 1341.

(1) ZACHARIÆ, t. 5, p. 636, 1re édit., et t. 8, p. 212, 4e édit.

13. La preuve est également admissible, sans inscription de faux, lorsque, sans attaquer la foi due à l'acte, elle tend seulement à établir certains faits que le notaire avait droit de constater, mais qu'il n'a point mentionnés, et dont la conséquence, en les supposant vérifiés, est d'infirmer ou d'annuler la convention.

Ainsi, un contrat de mariage est passé le même jour que l'acte de mariage. Il est argué de nullité, comme ayant été dressé, ainsi qu'on offre de le prouver, après la célébration du mariage. La preuve offerte est recevable sans inscription de faux, parce que le notaire n'ayant point constaté l'heure à laquelle le contrat a été passé, la partie qui l'attaque, en demandant à prouver que sa réception est postérieure à la célébration du mariage, ne demande rien à prouver contre les énonciations authentiques de l'acte, dont, au contraire, elle reconnaît l'exactitude et la sincérité (1).

Il en serait ainsi dans le cas où, par actes du même jour, une personne aurait vendu ou loué la même chose à deux personnes différentes. Les actes ne constatant point l'henre à laquelle ils ont eu lieu, chaque partie serait admise, sans inscription de faux, à établir, par la preuve testimoniale, que son contrat est antérieur à celui qu'invoque son adversaire. Cette offre de preuve serait même recevable, indépendamment de toute articulation de dol ou de fraude. On comprend, dans une situation pareille, quels sont les avantages du défendeur qui, n'ayant rien à prouver, doit triompher par cela seul que le demandeur n'établit point l'antériorité de son titre.

Supposons maintenant, et nous en avons vu un exemple, deux actes de vente de la même chose consentis le même jour à deux personnes différentes, l'un par le propriétaire et l'autre par le mandataire. Chaque acquéreur pourra prouver contre l'autre, sans inscription de faux, l'antériorité de son acte; et la préférence sera acquise à celui des deux qui aura fait cette

(1) Cass., 18 août 1840. Sirey, 40, 1, 785.

preuve, ou au défendeur si le demandeur ne justifie pas l'antériorité qu'il allègue en sa faveur. Vainement objecterait-on que la propriété doit rester à celui qui a acquis du mandataire, parce que les actes de ce dernier doivent être maintenus à l'égard des tiers qui ont agi de bonne foi et dans l'ignorance de la révocation de ses pouvoirs. Ce n'est point ici le cas d'appliquer les articles 2005 et 2009 du Code civil. Ces articles ne supposent point, en effet, un concours d'actes semblables et contradictoires émanés simultanément du mandant et du mandataire. Ils sont faits pour l'hypothèse où le mandataire a traité avec des tiers de bonne foi. Or si, dans ce cas, les actes faits avec le mandataire sont, à leur égard, tout aussi valables que s'ils avaient été faits avec le mandant lui-même, ce ne peut être que dans la supposition que ce dernier pouvait valablement les accomplir, et encore seulement par rapport à lui. Mais, dans notre hypothèse, nous supposons que le mandant a fait lui-même l'acte dont il avait chargé le mandataire. Comment donc l'acte émané de celui-ci aurait-il en soi plus de valeur et d'efficacité que s'il était émané de la personne même du mandant? La question de préférence dépend donc, dans ce cas, comme dans l'espèce précédente, de l'antériorité du titre invoqué respectivement par l'un ou l'autre acquéreur (1).

14. Soit que l'acte authentique, d'après les distinctions que nous venons de développer, fasse foi quant à la convention ou disposition qu'il renferme, jusqu à inscription de faux ou seulement jusqu'à preuve contraire ; dans l'un et l'autre cas, la partie qui s'en prévaut et en poursuit l'exécution n'est tenue de produire aucune autre preuve. La représentation de l'acte suffit pour justifier l'existence et la sincérité des faits qu'il constate, et sur lesquels la demande est fondée. Le juge ne peut, en conséquence, à quelque titre que ce soit, exiger l'administration d'une preuve complémentaire, et s'empêcher de les admettre comme constants et avérés.

(1) Voy. art. 1138, n° 51. — 1328, n°s 53 et suiv.

15. L'article 1319 porte que l'acte authentique fait pleine foi entre les parties contractantes, leurs héritiers ou ayants-cause. Il ne dit rien des tiers. Est-ce à dire qu'à leur égard il ne fait pas pleine foi? Une semblable interprétation donnée à son silence violerait un des principes les plus incontestés. L'acte authentique fait foi envers tous, *quoad omnes;* envers les tiers étrangers, quels qu'ils soient, *quoscumque extraneos.* Telle est la doctrine uniforme et constante de nos auteurs (1).

16. Mais quand nous disons que l'acte authentique fait également pleine foi envers les tiers étrangers, nous ne voulons point dire que les conventions ou dispositions qui y sont contenues, puissent leur être opposées comme créant contre eux des obligations. Le principe posé par l'article 1165, que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; qu'elles ne nuisent point aux tiers, et qu'elles ne leur profitent que dans le cas prévu par l'article 1121; ce principe ne cesse pas ici d'être applicable. Autre chose est, en effet, la question de savoir si l'acte authentique fait pleine foi de son contenu à l'égard des tiers; autre chose celle de savoir si les conventions qu'il renferme peuvent leur être opposées ou opposées par eux. Il faut donc se garder soigneusement de les confondre.

17. Lorsque l'acte authentique, considéré comme moyen de preuve, est attaqué, soit par les parties contractantes, soit par des tiers étrangers dans les mentions et constatations auxquelles la loi attache le caractère d'authenticité, la foi qui lui est due ne peut être combattue qu'à l'aide d'une procédure particulière appelée inscription de faux. Il ne suffit pas que la partie qui l'attaque dénie ou conteste la vérité des signa-

(1) DUMOULIN, *Coutume de Paris,* tit. 1, § 8, n° 8. — POTHIER, *Oblig.,* n° 704. — TOULLIER, t. 8, n° 148. — ZACHARIÆ, t. 5, p. 635, 1re édit., et t. 8, p. 212, 4e édit. — DURANTON, t. 13, n° 81. — BONNIER, n° 392. — MARCADÉ, art. 1319, n° 2.

tures, ou la sincérité des mentions contenues dans l'acte, elle est tenue de s'inscrire en faux, et ce n'est que sur cette inscription de faux préalablement faite, qu'elle est admise à administrer ses moyens de preuve, suivant les formes qui constituent la procédure du faux incident civil.

Le Code de procédure, articles 214 et suivants, règle cette procédure spéciale. Il n'entre point dans notre plan d'en expliquer les formes particulières et les détails compliqués.

18. Il est nécessaire de s'inscrire en faux, non-seulement lorsqu'on attaque la foi due à l'acte original, mais encore lorsqu'on conteste la vérité et l'exactitude de la grosse ou expédition. Elle fait foi, en effet, en cas de perte de l'original (1335, 1°), et foi lui est due jusqu'à inscription de faux, comme étant émanée d'un fonctionnaire qui avait qualité pour la délivrer, bien que la représentation du titre original puisse toujours être exigée.

Quant aux simples copies irrégulièrement faites, qui ne produisent qu'un commencement de preuve, l'inscription de faux n'est pas requise, lorsqu'on prétend qu'elles sont fausses ou falsifiées (1).

19. Le faux civil est toute altération de la vérité; le faux pénal ou criminel en est l'altération frauduleuse.

On distingue encore le faux en matériel et intellectuel. On dit qu'il est matériel, lorsqu'il affecte matériellement la pièce arguée, et que commis lui-même par des moyens physiques il peut être reconnu et constaté à l'aide des mêmes moyens. Tel est le cas où il consiste en fabrication, contrefaçon, altération d'écritures ou de signatures; en ratures, surcharges, changements, suppressions, interlignes, intercalations, additions, grattage, lavage de mots, de lettres, de chiffres, de signes quelconques.

Par faux intellectuel on entend le faux commis au moyen

(1) DURANTON, t. 13, nos 87 et 83.

de la dénaturation de la substance de l'acte; de la mention de conventions autres et différentes; de la constatation de faits faux; d'une falsification quelconque de la pensée, du consentement, de la volonté, mais sans altération des signes, sans indices matériels et physiques tombant sous les sens.

On distingue encore le faux principal et le faux incident. Le faux principal concerne la vindicte publique, *ad vindicias pertinet;* le faux incident, la poursuite d'intérêts privés, *ad rei familiaris persecutionem* (1).

La poursuite du faux principal est criminelle. Elle a lieu suivant les règles générales et particulières du Code d'instruction criminelle (448 et suiv.). Elle est dirigée contre la personne même du faussaire, et soulève, par suite, une question de culpabilité, c'est-à-dire une question d'intention, de bonne ou de mauvaise foi.

La poursuite du faux incident est seulement civile. Elle est soumise aux règles tracées par le Code de procédure (214 et suiv.). C'est un procès fait uniquement à la pièce arguée, sans qu'on ait à examiner quelle a été l'intention de celui qui a commis le faux. L'inscription de faux est nécessaire, quand même le faux aurait eu lieu de bonne foi, ou par erreur (2). Cette procédure est, en effet, la seule voie à prendre pour détruire la foi due à l'acte authentique, puisqu'il fait également preuve complète et absolue, soit que le faux ait été commis dans une intention frauduleuse, ou simplement par erreur et de bonne foi.

Dans une poursuite en faux principal, le prévenu ne peut arrêter l'action en déclarant qu'il renonce à faire usage ou à se prévaloir de la pièce arguée. La poursuite en faux incident civil est, au contraire, arrêtée aussitôt que le défendeur déclare qu'il renonce à se servir de la pièce (217, C. pr.).

Si l'auteur du faux est inconnu ou décédé, si le fait est pres-

(1) L. 3, § 6, *ff. De tabul. exhib.*

(2) Cass., 11 avril 1837. Sirey, 37, 1, 286.

crit, il n'y a point lieu à poursuites criminelles en faux principal. Ces circonstances n'empêchent point le faux incident civil, où la poursuite est dirigée contre la pièce plutôt que contre la personne, et concerne un intérêt privé, et nullement un intérêt public.

20. Du reste, les juges ont la faculté générale et discrétionnaire, en tout état de cause, quelle que soit sur la décision du procès l'influence de la pièce arguée, d'admettre ou de rejeter la demande en inscription de faux. La loi s'en rapporte sur ce point à leurs lumières et à leur conscience (1). Tout dépend de l'appréciation des faits et circonstances de la cause.

Ils ont de même un pourvoir absolu et discrétionnaire pour rejeter, même après l'admission de faux incident, les faits allégués à l'appui de l'inscription de faux (2).

21. Celui qui prétend qu'une pièce signifiée, communiquée, ou produite dans le cours de la procédure, est fausse ou falsifiée, peut, s'il y échet, être reçu à s'inscrire en faux. De ces dispositions de l'article 214, C. pr., on a conclu avec raison que les juges ne devant admettre l'inscription de faux que s'il y échet, avaient le pourvoir discrétionnaire d'admettre la pièce arguée comme vraie, ou de la rejeter d'emblée comme fausse, sans inscription de faux préalable, suivant les circonstances. Il est donc constant et reconnu en doctrine et en jurisprudence, que les juges peuvent, sans inscription de faux, déclarer la fausseté ou la falsification de la pièce, dans le cas où, par sa contexture, sa forme et son ensemble, elle présente des vices tellement sensibles que le faux est palpable, saute, pour ainsi dire, aux yeux, saisit tous les regards, et résulte, avec la dernière évidence, d'une simple inspection oculaire (3).

(1) Cass., 1er avril 1844. Sirey, 44, 1, 365. — 6 fév. 1844. Sirey, 44, 1, 471. — 25 avril 1854. Sirey, 56, 1, 311. — 3 juillet 1867. Sirey, 68, 1, 176. — 17 juin 1868. Sirey, 68, 1, 323. — 16 déc. 1874. Sirey, 76, 1, 16.

(2) Cass., 2 avril 1849. Sirey, 49, 1, 636.

(3) Merlin, Quest., vis *Inscription de faux*, § 1. — Chauveau, sur

Mais, des conditions mêmes qui sont exigées pour que les juges soient autorisés à déclarer, sans inscription préalable de faux, la fausseté et la falsification de l'acte, il semble résulter que ce pouvoir discrétionnaire ne leur appartient que lorsqu'il s'agit d'un faux matériel, et qu'ils ne peuvent en user en cas de faux intellectuel ou moral. Sans doute, lorsque l'altération de la vérité se manifeste par des signes matériels et visibles, la conviction du juge se forme avec moins d'efforts et plus de sûreté que s'il s'agit d'un faux intellectuel, où l'altération de la vérité ne s'exprime par aucune circonstance physique qui ressorte de l'acte lui-même. Nous repoussons, néanmoins, cette distinction, et pensons que, dans tous les cas, les juges peuvent déclarer d'emblée l'acte faux ou falsifié, par la seule appréciation des circonstances qui en établissent la fausseté ou la falsification. Voici sur quelles raisons nous fondons notre opinion.

L'article 1353, qui autorise les juges à se décider par des présomptions graves, précises et concordantes, contient une disposition générale. Il s'applique à tous les cas où la preuve testimoniale est admissible. Or, la procédure en inscription de faux n'est rien autre chose qu'un recours à la preuve testimoniale sous forme d'enquête ou d'expertise, sans préjudice, comme dans les cas ordinaires, de l'appréciation personnelle des magistrats. A moins d'une exception formelle, l'article 1353 s'applique donc au cas où un acte est argué de fausseté ou de falsification.

Cette exception n'existe point. Loin de là, l'article 214, C. pr., dispose que celui qui prétend qu'une pièce qu'on lui oppose est fausse ou falsifiée peut, s'il y échet, être reçu à s'inscrire en faux; s'il y échet, c'est-à-dire suivant les circonstances. Et ces circonstances, que la loi ne détermine point, dont

Carré, *Quest.*, 867 et 868. — Zachariæ, t. 5, p. 635, 1re édit., et t. 8, p. 211, 4e édit. — Cass., 12 janv. 1833. Sirey, 34, 1, 798. — 23 août 1836. Sirey, 36, 1, 740. — 2 mars 1869. Sirey, 69, 1, 327.

elle abandonne l'appréciation à la justice, ne peuvent être que les présomptions graves, précises et concordantes, d'après lesquelles le juge se décide, soit à déclarer immédiatement la pièce arguée fausse ou falsifiée, soit à la reconnaître comme vraie, sans inscription de faux. La distinction proposée n'étant point dans la loi est donc tout à fait arbitraire.

Que si on prétend la fonder sur une question d'évidence matérielle et de preuve physique, on la détruit par cela même par sa base. En effet, c'est substituer dès lors une question de fait à une question de droit, et subordonner à des considérations particulières l'exercice d'un pouvoir admis en principe. Que l'on établisse une distinction entre le faux matériel et le faux intellectuel, afin de conseiller au juge d'être beaucoup plus réservé dans l'usage du pouvoir que la loi lui confère, lorsqu'il s'agit d'un faux de cette dernière espèce; nous l'admettons volontiers. Mais alors cette distinction cesse d'être le fondement d'une théorie juridique.

Pour ne reconnaître au juge le droit de déclarer la fausseté de l'acte, sans inscription de faux, que dans le cas d'un faux matériel, sous prétexte qu'il n'y a d'évidence possible que dans cette hypothèse, il faut avoir la prétention singulière de limiter les preuves légales, d'enchaîner la certitude et de soumettre la conviction. N'est-il pas évident, au contraire, que la certitude légale, lorsqu'elle peut se fonder sur des présomptions graves, précises et concordantes, ne dépend que de l'appréciation souveraine et discrétionnaire des tribunaux, et qu'elle ne peut être, *a priori*, subordonnée à telle ou telle circonstance? Comme, en définitive, tout se résume dans une question de preuve et de certitude, et que le juge doit après tout la résoudre, en cas de faux matériel comme en cas de faux intellectuel, il y a véritablement contradiction à ne point lui reconnaître, dans l'un et l'autre cas, une égale liberté de jugement.

Quant à la raison tirée des inconvénients et des dangers qu'il y aurait à prononcer la fausseté d'une pièce, sans plus

ample information, lorsqu'il s'agit d'un faux intellectuel, nous répondrons que cette raison est tout aussi bien fondée dans un cas que dans l'autre; que si elle était vraie, ce serait la critique de la loi elle-même, pour avoir attribué aux juges le droit de se décider d'après de simples présomptions; que ce droit étant reconnu en principe, l'usage qu'ils sont admis à en faire ne dépend plus que de leur conviction, laquelle reste subordonnée à l'appréciation des circonstances.

Ainsi, ils pourront, même par le jugement qui déclare les faits pertinents et admissibles, déclarer la pièce fausse, sans recourir à des enquêtes ou expertises, alors que le faux, purement intellectuel, a été commis par supposition de personnes (1). Dans l'espèce, il est vrai qu'une inscription de faux avait été formée, et les moyens à l'appui proposés; mais les juges, sans y donner suite, avaient déclaré le faux sur les seuls documents produits.

22. Quel que soit ce pouvoir accordé aux tribunaux de rejeter la pièce arguée comme fausse, sans inscription de faux préalable, ils ne peuvent néanmoins l'exercer qu'en se fondant sur les éléments de conviction d'ores et déjà acquis dans l'état actuel de la cause. Aucune mesure d'instruction ne peut être ordonnée d'office par le juge ou demandée par la partie contestante, sans que, préalablement, il y ait inscription de faux. Ce n'est qu'après son admission, que le tribunal peut ordonner la preuve des moyens proposés, tant par titres que par témoins, et la vérification par trois experts de la pièce arguée de faux, la preuve contraire demeurant réservée au défendeur (232, C. pr.).

Tant que l'inscription de faux n'a pas été admise, aucun interrogatoire sur faits et articles de la partie qui oppose la pièce contestée, ne peut être régulièrement ordonnée (2); nul

(1) Cass., 17 déc. 1835. Sirey, 37, 1, 68. — Bordeaux, 21 juill. 1851. Sirey, 51, 2, 718.

(2) Zachariæ, t. 5, p. 634, 1re édit., et t. 8, p. 211, 4e édit. — Boncenne, t. 4, p. 531.

serment décisoire (1) ou supplétif ne peut être déféré; aucune enquête, aucune vérification ou expertise ne peut non plus être ordonnée et faite, alors même que le demandeur en faux rapporte un commencement de preuve par écrit des faits par lui allégués à l'appui de son incrimination (2).

23. Cette rigueur de procédure a pour but de protéger la foi due aux actes authentiques contre des attaques injustes, malicieuses et passionnées. Mais quelle sera l'influence de l'inscription de faux sur l'exécution de l'acte argué?

Notre ancienne jurisprudence, conforme en ce point à la loi romaine (3), voulait que le juge ordonnât l'exécution provisoire de l'acte authentique, parce qu'il fait foi jusqu'à ce qu'il ait été jugé et reconnu faux. Pothier (4) dit que cette décision est très sage, et il ajoute qu'il serait très dangereux qu'il fût au pouvoir des débiteurs d'arrêter pendant longtemps le payement de dettes légitimes par des accusations de faux.

La loi du 6 octobre 1791, titre 1, section 2, article 13, portait également que les actes des notaires publics seraient exécutoires dans tout le royaume, nonobstant l'inscription de faux, jusqu'à jugement définitif.

Mais la loi du 25 ventôse an XI, article 19, a proclamé d'autres principes. Après avoir disposé que les actes notariés feront foi en justice et seront exécutoires dans toute l'étendue de l'empire, elle ajoute que néanmoins l'exécution de l'acte argué de faux sera suspendue par la déclaration du jury d'accusation prononçant qu'il y a lieu à accusation; et qu'en cas d'inscription de faux faite incidemment, les tribunaux pourront, suivant la gravité des circonstances, suspendre provi-

(1) ZACHARIÆ, *ibid.* — DURANTON, t. 13, n° 579. — Voy. art. 1360, n° 3.
(2) ZACHARIÆ, *ibid.*
(3) L. 2, C. *Ad. leg. Cornel. de fals.*
(4) *Oblig.* n° 700.

soirement l'exécution de l'acte. L'article 1319 contient des dispositions semblables.

Nous ferons d'abord remarquer que d'après notre organisation judiciaire actuelle, il n'y a plus de jury d'accusation, et que les mises en accusation sont prononcées par une section des Cours que l'on appelle chambre d'accusation.

Nous remarquerons ensuite la différence qu'établit l'article 1319 entre le cas où, sur une plainte en faux principal, la mise en accusation est prononcée, et celui où il ne s'agit que de l'admission d'une inscription en faux incident. Dans le premier cas, l'exécution de l'acte argué est suspendue nécessairement; tandis que, dans le second, les tribunaux ont la faculté, suivant les circonstances, de la suspendre provisoirement.

Cette différence s'explique par la considération qu'en cas de faux principal, la mise en accusation n'est prononcée que sur indices et présomptions graves constituant des charges suffisantes contre le prévenu ; et qu'au contraire, en cas d'inscription en faux incident, aucune vérification n'est encore faite, aucune preuve ni aucune présomption judiciairement recueillie.

Nous croyons que ces dispositions du Code sont plus sages que notre ancien droit. Elles concilient, en effet, le respect dû aux actes authentiques, avec la protection due à des intérêts qui pourraient éprouver un préjudice irréparable d'une exécution provisoire et sans bail de caution.

24. Si des poursuites criminelles en faux principal sont intentées avant ou pendant la poursuite de l'action civile, il doit être sursis à statuer sur le civil jusqu'après le jugement sur le faux (240, C. pr.; 3, C. inst. crim.).

25. Hors ces cas, l'exécution provisoire est due au titre authentique, et le créancier peut continuer toutes poursuites même en saisie, nonobstant l'opposition du débiteur. Mais il ne le fait qu'à ses risques et périls, sauf à lui à en supporter

les frais et même à payer des dommages et intérêts, si l'opposition du débiteur est plus tard accueillie (1).

26. Les actes reçus par les officiers publics étrangers ne sont susceptibles d'exécution en France que tout autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français, ou qu'il existe des dispositions particulières dans les lois politiques ou dans les traités. La consécration de ce principe de droit constitutionnel, déjà posé dans l'ordonnance de 1629, article 121, ressort de la combinaison des articles 2123 et 2128, C. civil et 546, C. pr. Les officiers publics étrangers n'ont, en effet, qu'une autorité nécessairement circonscrite dans les limites territoriales de la nation à laquelle ils appartiennent; et comme la force exécutoire des actes reçus par eux dérive exclusivement de la puissance publique dont ils ont été investis, au nom de leur souverain, elle ne peut être invoquée en France, sans violer le principe de notre souveraineté nationale.

Mais il ne faut pas confondre la force exécutoire de ces actes avec leur authenticité. C'est un principe élémentaire et conforme aux règles du droit des gens, que le lieu régit l'acte, *locus regit actum;* c'est-à-dire que tout acte qui a été passé sous les conditions et avec les formes voulues pour qu'il soit authentique, dans le lieu où il a été accompli, est revêtu partout, même en pays étranger, du caractère de l'authenticité. Il appartient, il est vrai, au droit civil de chaque nation de déterminer les conditions et les formalités nécessaires pour l'authenticité d'un acte passé sur son territoire. Mais lorsque ces conditions et formalités ont été remplies, l'acte conserve partout, à cause de son plein état de perfection, la foi due à son authenticité, sauf l'application des dispositions particulières de notre législation française, qui peuvent exiger la légalisation préalable de la signature de l'officier public étranger par nos agents consulaires ou diplomatiques. L'inaccom-

(1) Poitiers, 29 juill. 1851. Sirey, 51, 2, 567.

plissement même de cette formalité n'autorise point le juge à déclarer l'acte nul, mais seulement à surseoir à son exécution jusqu'à ce qu'il soit régularisé. Car la légalisation n'en est point exigée comme élément constitutif de son authenticité, laquelle en est indépendante (1).

Cette distinction, entre la force exécutoire de l'acte et son authenticité, est d'un haut intérêt pratique. Elle se justifie d'ailleurs par les plus puissantes considérations. L'authenticité ne se rapporte qu'à la force probante de l'acte, à la foi qui lui est due, sans qu'il en résulte rien de contraire à l'indépendance de chaque souveraineté. Elle maintient la preuve des contrats et assure la vérité des conventions. A quelles déplorables nécessités ne seraient pas réduits les citoyens d'États différents, si l'officier public du lieu où ils contractent ou disposent n'avait pas qualité pour recevoir leurs actes, en leur imprimant le sceau de l'authenticité (2)?

Mais cette authenticité n'aura elle-même que le caractère et les effets civils que lui attribue la loi étrangère. C'est elle qui, en en réglant les conditions, en détermine aussi la portée. Si, par exemple, elle autorise les parties à attaquer la foi due à l'acte sans inscription de faux, et que sa force probante soit contestée en France, on ne pourra exiger de la partie qui la conteste qu'elle s'inscrive en faux, pas plus que si la contestation était portée devant une juridiction étrangère. Car la loi française accepte bien l'authenticité de l'acte ; mais elle n'en modifie point les caractères, et ne l'accommode nullement à ses règles particulières, pour en étendre ou en restreindre les effets au fond.

Article 1320.

L'acte, soit authentique, soit sous seing-privé, fait foi entre les parties, même de ce qui n'y est exprimé qu'en ter-

(1) Cass., 8 nov. 1853. Sirey, 56, 1. 17.
(2) Toullier, t. 10, nº 79, en note.

mes énonciatifs, pourvu que l'énonciation ait un rapport direct à la disposition. Les énonciations étrangères à la disposition ne peuvent servir que d'un commencement de preuve.

Sommaire.

1. Distinction entre les simples énonciations insérées dans les actes.
2. De l'énonciation qui a un trait direct avec la convention ou disposition principale.
3. Ce qui la caractérise.
4. De l'énonciation étrangère à la disposition ou convention principale.
5. Elle produit un commencement de preuve par écrit.
6. Les simples énonciations font-elles foi à l'égard des tiers?
7. Elles ne peuvent établir aucun droit envers eux, comme titre constitutif.
8. De la relation dans l'acte d'un acte antérieur.
9. De l'énonciation, dans un acte, d'une procuration prétendue donnée par un tiers.
10. De la maxime, *in antiquis enunciativa probant.*
11. Des actes intercalaires dans un testament.
12. Leurs effets.
13. Si les parties et les tiers peuvent en obtenir expédition.

COMMENTAIRE.

1. Les actes authentiques ou sous signatures privées contiennent fréquemment diverses mentions, reconnaissances ou relations, en outre et en dehors des faits juridiques qui forment spécialement la matière de la convention ou de la disposition principale. Ces simples énonciations, et c'est ce qui les caractérise, sont purement unilatérales, au moins dans leur expression; elles sont faites sans que l'autre partie y consente, y adhère, en prenne ou en donne acte par son acceptation formelle. Quelle est alors, en ce qui les concerne, la foi due à l'acte authentique ou sous seing-privé?

L'article 1319 établit une distinction, dont la sagesse sera parfaitement démontrée par les explications dans lesquelles

nous nous proposons d'entrer. L'énonciation a-t-elle un rapport direct à la disposition ou à la convention? l'acte authentique ou sous seing-privé fait foi, entre les parties, même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs.

Les énonciations sont-elles, au contraire, étrangères à la disposition ou à la convention? elles ne peuvent servir que d'un commencement de preuve.

Telles sont les dispositions de l'article 1319. Mais on comprend qu'elles ne peuvent être bien expliquées qu'au moyen de quelques exemples.

2. Ainsi, dans une quittance d'intérêts ou d'à-compte, il est énoncé que les intérêts antérieurs ont été acquittés, que le capital a été réduit par l'effet d'une remise ou d'un payement.

Dans un titre nouvel de rente, il est énoncé que les arrérages ont été payés jusqu'à telle époque, que le capital originaire a été réduit par suite d'un remboursement partiel.

Dans une quittance, il est énoncé que les intérêts antérieurs ont été capitalisés avec le principal de la dette, qui a été augmenté d'autant.

Dans une vente, il est énoncé dans la partie relative à la stipulation et au payement du prix, que le vendeur est débiteur envers l'acquéreur d'une certaine somme actuellement exigible, ou non exigible.

En ces divers cas et autres semblables, l'énonciation a évidemment un rapport direct avec la convention ou disposition principale. L'acte n'a sans doute point été fait précisément en vue de mentionner et de constater le fait dont l'existence y est exprimée en termes simplement énonciatifs. Néanmoins, comme il produit respectivement des obligations et des droits pour ou contre chacune des parties contractantes, et que ces obligations et ces droits viennent restreindre, augmenter, modifier d'une façon quelconque, dans son exécution et dans ses effets, la convention ou disposition principale, l'énonciation se rattache à cette dernière par les liens d'un rapport intime et

direct qui les unit et les confond, de manière à n'en former qu'un tout indivisible. A raison des restrictions, augmentations et modifications qu'elle y apporte, elle en fait ainsi partie intégrante et inséparable. Elle participe dès lors de la foi due à l'acte, en ce qui touche l'existence de la convention ou disposition principale, et elle y participe au même titre, parce que les parties sont présumées avoir fixé, avec une réflexion égale, leur commune attention sur les faits qui en forment l'objet, bien qu'ils n'y soient exprimés qu'en termes énonciatifs.

3. Le caractère de l'énonciation se reconnaît et s'apprécie surtout par l'intérêt que la partie à qui on l'oppose, avait à empêcher son insertion dans l'acte. Plus cet intérêt est sensible, plus il est évident que l'énonciation a un rapport direct avec la convention ou disposition principale dont elle modifie les effets. Par exemple, dans les hypothèses que nous venons de citer, il est manifeste que la partie à qui on oppose l'énonciation insérée dans l'acte, avait intérêt à ne pas la laisser mettre, puisqu'elle tendait à établir un fait qui restreignait son droit ou aggravait son obligation. L'absence de contradiction, de protestation ou de réserves de sa part emporte la présomption naturelle qu'elle y a donné son adhésion, et en a reconnu l'exactitude.

4. Quant aux énonciations étrangères à la convention ou à la disposition principale, de puissantes raisons s'opposent à ce qu'elles fassent, même entre les parties, preuve des faits qui y sont exprimés. Quelque soit l'intérêt que la partie contre laquelle on entend s'en prévaloir, avait à empêcher que l'énonciation fût faite dans l'acte, comme elle ne modifie point la convention ou la disposition dans son exécution et ses effets particuliers, cet intérêt, moins immédiat et moins prochain, était par cela même moins appréciable. Elle a pu laisser exprimer le fait en termes simplement énonciatifs, sans en entrevoir toute la portée, sans en comprendre toute la valeur, et sans y appliquer, en conséquence, la même attention que sur une

énonciation qui aurait eu un rapport direct avec le fait principal. On ne peut donc raisonnablement admettre son silence comme une adhésion et un aveu. Une semblable présomption, si elle eût été admise par la loi, aurait livré les personnes simples et inexpérimentées à toutes les embûches, à tous les piéges qu'il est si facile aux gens retors en affaires de leur tendre par une subtile et artificieuse rédaction.

Pothier (1) cite comme exemple l'espèce suivante : Dans un acte de vente, il est énoncé que l'héritage vendu vient de la succession de Jacques. Un tiers ne pourra fonder son action en revendication contre l'acquéreur, sur sa qualité d'héritier de Jacques, et sur la seule énonciation insérée au contrat. L'acquéreur n'avait, en effet, aucun intérêt actuel à s'y opposer; car elle était étrangère à la disposition de l'acte.

5. Mais si les énonciations étrangères à la disposition ne font pas, même entre les parties, foi entière de ce qui y est exprimé, elles peuvent du moins servir d'un commencement de preuve (1319). Et ce commencement de preuve est un commencement de preuve écrite, puisqu'il résulte d'un acte qui rend vraisemblable le fait allégué (1347). La preuve testimoniale et les présomptions sont dès lors admissibles, suivant les principes généraux du droit.

6. Les actes authentiques font foi entre les parties des énonciations qui ont un rapport direct avec la convention ou disposition principale. Ce sont les dispositions formelles de l'article 1319, et, sous ce rapport, il assimile l'acte sous seing-privé à l'acte authentique.

Nul doute encore qu'ils n'en fassent également foi l'un et l'autre à l'égard des héritiers et ayants-cause des parties.

Mais foi leur est-elle due quant aux énonciations qu'ils contiennent, à l'égard des tiers étrangers? Nous n'hésitons pas à attribuer cette force probante aux actes authentiques, par cela

(1) *Oblig.*, n° 703.

seul qu'ils sont revêtus du caractère de l'authenticité, et aux actes sous seing-privé, lorsqu'ils sont reconnus ou tenus judiciairement pour avérés. Les mêmes raisons d'après lesquelles ils font foi des simples énonciations qu'ils renferment entre les parties contractantes, existent, en effet, dans le cas où il s'agit des tiers étrangers. Pourquoi, à quel titre, ces énonciations valent-elles entre les contractants? Nous l'avons déjà observé; elles valent comme aveu, comme reconnaissance des faits exprimés, bien qu'ils ne le soient qu'en termes énonciatifs. Or cet aveu et cette reconnaissance sont établis dans l'acte. Ils participent donc de la foi qui lui est due, foi indivisible, qui s'applique indistinctement aussi bien aux simples énonciations qu'à l'objet prineipal de la convention ou de la disposition dont elles forment une partie intégrante. L'acte fait donc pleine foi, à l'égard des tiers, des faits exprimés sous forme d'énonciation simple, de même que de la convention ou disposition principale. Les tiers ne peuvent, enfin, pas plus contester l'énonciation que la convention ou disposition avec laquelle elle a un rapport direct, puisque les mêmes éléments de preuve existent, à leur égard, identiquement pour l'une et pour l'autre (1).

7. Mais remarquons avec soin que nous ne nous occupons ici que de la force probante de l'acte authentique ou sous seing-privé, et nullement de la valeur ou de l'efficacité de l'acte, en tant que les faits qui y sont exprimés en termes simplement énonciatifs, créeraient des droits et des obligations juridiques à l'égard des parties contractantes ou de tiers étrangers. Quand donc nous disons que les actes authentiques ou sous signature privée, ces derniers toutefois lorsqu'ils sont reconnus ou tenus judiciairement pour tels, font preuve envers

(1) Zachariæ, t. 5, p. 638, n[te] 56, 1[re] édit., et t. 8, p. 214, n[te] 63, 4[e] édit. — Marcadé, art. 1320, n[os] 2 et 3. — *Contrà,* Toullier, t. 8, n[o] 161. — Duranton, t. 13, n[o] 98.

les tiers des énonciations qui ont un rapport direct à la convention ou disposition principale, nous ne voulons point dire que les parties puissent, par l'aveu ou reconnaissance tacite des faits énoncés dans l'acte, créer à leur profit un droit quelconque envers des tiers étrangers. Cette confusion, qu'il importe de dissiper, se retrouve dans la loi même, et plus encore dans son commentaire.

Quelque direct que soit le rapport qui rattache l'énonciation à la convention ou à la disposition principale, il est incontestable que les parties contractantes ne peuvent invoquer le fait qui y est énoncé, comme constituant en leur faveur des obligations à la charge de tiers qui sont demeurés complètement étrangers à l'acte, soit authentique, soit sous signature privée. Cet acte constitue sans doute, pour les parties contractantes, dans son énonciation simple comme dans sa disposition principale, un titre qu'elles peuvent invoquer l'une par rapport à l'autre; mais elles ne sauraient l'opposer aux tiers étrangers, comme établissant contre eux aucun droit qu'elles puissent exercer à leur égard. L'énonciation simple, aussi bien que la disposition principale, est *res inter alios acta quæ tertio nec nocet nec prodest.*

Si elle peut être opposée aux tiers, ce n'est que dans le cas où ils prétendent exercer un droit qu'elle a eu valablement pour effet de restreindre ou de modifier. Leurs droits ne sont eux-mêmes alors atteints que par suite des restrictions et modifications que le fait énoncé dans l'acte a apportées aux droits et aux obligations des contractants, et que ces derniers pouvaient régulièrement reconnaître ou établir, l'un à l'égard de l'autre. Si, par exemple, il a été énoncé dans une quittance d'intérêts ou d'arrérages, que le montant de la dette ou le capital de la rente a été réduit par une remise ou un payement antérieur, cette énonciation aura non-seulement force probante, mais encore pleine efficacité à l'égard des tiers opposants ou cessionnaires.

Mais si le fait qui y est exprimé est invoqué contre les tiers,

comme titre constitutif d'un droit quelconque en faveur des contractants, l'acte devient impuissant à justifier une semblable prétention. Il est énoncé, par exemple, dans un acte de vente, que l'héritage vendu a un droit de servitude sur le champ voisin; l'acte prouve bien que cette énonciation a été faite; mais il n'établit point l'existence de la servitude contre le tiers propriétaire du prétendu fonds servant (1).

Ainsi encore, il est énoncé dans un acte de vente que le vendeur a acquis la propriété en vertu de tel contrat; le nouvel acquéreur ne peut se fonder sur cette seule énonciation pour prétendre qu'il a droit de joindre à sa possession celle de son auteur, comme basée sur un titre, pour opérer en sa faveur la prescription de dix ou vingt ans (2).

Ce n'est que par suite de cette confusion entre la force probante de l'énonciation simple et son efficacité envers les tiers, que l'article 1320 se borne à dire que l'acte en fait foi entre les parties, sans parler des tiers, ni même des héritiers ou ayants-cause des contractants. Répétons-le une dernière fois : s'agit-il d'apprécier la force probante de l'acte? il fait foi de la simple énonciation comme de la convention ou disposition principale, même à l'égard des tiers étrangers; s'agit-il, au contraire, d'en apprécier la valeur et l'efficacité? il ne peut leur être opposé que dans le cas où les parties pouvaient valablement, dans leurs rapports particuliers, reconnaître ou établir, l'une envers l'autre, les droits et obligations qu'elles fondent sur l'existence du fait exprimé dans l'acte en termes simplement énonciatifs.

8. Il arrive souvent qu'un acte authentique ou sous seing-privé relate l'existence d'un acte antérieur. Cette relation rentre dans les dispositions de l'article 1320. Ainsi, l'acte fera preuve entière ou fournira seulement un commencement de

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 704. — Duranton, t. 13, n° 98.
(2) Zachariæ, t. 5, p. 639, 1re édit., et t. 8, p. 215, 4e édit.

preuve écrite du fait énoncé, suivant qu'il aura ou n'aura pas un rapport direct avec la convention ou disposition principale.

Une semblable relation peut elle-même constituer, soit un titre nouvel, soit un acte de reconnaissance, de confirmation et de ratification. Soit que l'acte antérieur soit rapporté dans le dernier acte, en toute sa teneur ou seulement quant à son dispositif, la partie à laquelle on l'oppose, ne peut, bien que le titre original ne soit pas représenté, en attaquer la relation que par la voie de l'inscription de faux, si elle a eu lieu dans un acte authentique. S'il s'agit, au contraire, d'un acte sous seing-privé, il en fera également preuve entière, mais seulement suivant les principes qui régissent la force probante des actes de cette espèce. C'est ce qui arrive lorsque, par exemple, dans une quittance d'à-compte, d'intérêts ou d'arrérages, on relate le titre antérieur constitutif de la dette ou de la rente; ou bien encore lorsque, dans un second acte de testament ou de donation, le testateur ou donateur relate les dispositions d'un testament ou d'une donation antérieure, soit qu'il y déroge, les modifie ou les maintienne (1).

9. Mais si, dans un acte quelconque, il est énoncé que l'une des parties agit en vertu de la procuration qui lui a été donnée par telle personne, alors même que cette procuration y serait transcrite en entier, qu'elle eût même été reçue par le même notaire qui a passé le second acte où elle est relatée, l'énonciation prouve bien, jusqu'à inscription de faux, que l'existence de cette procuration a été alléguée; mais quant à l'existence même de cette procuration, elle peut être contestée, sans que la partie qui l'attaque soit tenue de prendre la voie extraordinaire de l'inscription de faux (2).

Quant au tiers de qui cette procuration est censée émanée, l'acte ne prouve nullement à son égard qu'elle soit véritable-

(1) Dumoulin, *ibid.*, n° 48 et suiv. — Toullier, t. 8, n° 153.
(2) Toullier, t. 8, n°s 150 et suiv.

ment émanée de lui, pas plus qu'il ne constitue à son encontre un droit quelconque en faveur des contractants.

10. Notre ancienne jurisprudence avait adopté la maxime que, dans les actes anciens, les simples énonciations font pleine preuve de ce qui y est exprimé, à l'égard et au préjudice des tiers; *in antiquis verba enunciativa plenè probant etiam contrà alios et in præjudicium tertii* (1).

Cette maxime n'était applicable, toutefois, que lorsque l'énonciation était soutenue d'une longue possession conforme; par exemple, au cas où il était énoncé dans un ancien contrat qu'un héritage avait sur l'héritage voisin un droit de servitude, et que ce droit de servitude était exercé depuis longtemps, bien qu'il fût imprescriptible sans titre et par le long usage seul, comme sous l'empire de la coutume de Paris qui n'admettait aucune servitude sans titre. L'énonciation du droit prétendu, soutenue de la possession conforme, faisait pleine foi de l'existence d'un titre constitutif, même à l'égard des tiers qui n'avaient pas figuré dans l'acte.

Cette maxime était d'ailleurs fondée, soit sur la difficulté ou l'impossibilité de rapporter la preuve d'un fait ancien et immémorial, soit sur la présomption naturelle qui rattache à un principe légitime une possession longtemps continuée.

Il est aujourd'hui reconnu qu'elle est inapplicable au moins à l'acquisition des servitudes déclarées imprescriptibles. Les servitudes continues non apparentes et les servitudes discontinues apparentes ou non apparentes ne peuvent, en effet, s'établir que par titre, et la possession immémoriale ne suffit même pas pour les établir (691). D'autre part, le titre constitutif de la servitude, à l'égard de celles qui ne peuvent s'acquérir par la prescription, ne peut être remplacé que par un titre récognitif de la servitude et émané du propriétaire du fonds asservi (695). Ces dispositions du Code civil s'opposent

(1) DUMOULIN, *ibid.*, n° 77. — POTHIER, *Oblig.*, n° 705.

évidemment à ce que l'on considère une simple énonciation, même soutenue d'une longue possession conforme, comme un titre constitutif, à l'égard des tiers, d'une servitude que la loi déclare imprescriptible.

Tout en admettant ce point, M. Toullier (1) pense, cependant, que l'ancienne maxime, *in antiquis enunciativa probant*, doit en général recevoir aujourd'hui son application. Nous remarquons d'abord que nous ne voyons guère de cas où elle puisse être utilement appliquée, du moment qu'on la reconnaît inapplicable à la matière des servitudes, la seule, néanmoins, pour laquelle elle avait été introduite dans notre ancienne jurisprudence.

Mais, dans tous les cas, elle serait contraire à tous les principes de droit. En effet, si les énonciations contenues dans un acte pouvaient faire titre contre les tiers, par cela seul que l'acte est ancien, et qu'elles sont appuyées sur une longue possession conforme, il en résulterait la violation flagrante de l'article 1165. La règle générale est que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; et le Code civil n'y ayant point fait exception en faveur des simples énonciations insérées dans un acte ancien, on ne saurait, sans ajouter à ses dispositions, introduire une exception que repoussent les principes les plus élémentaires du droit, fortifiés, au besoin, du silence de la loi (2). Le titre d'acquisition, en ce qui concerne les tiers, sera donc, non dans l'énonciation, mais dans le fait seul de la possession, si elle est suffisante pour prescrire; et, s'il s'agit de choses déclarées imprescriptibles, l'énonciation et la possession ne pourront puiser dans leur concours une force qui n'appartient isolément à aucune d'entre elles.

(1) T. 8, nos 164 et suiv. — *Conf.*, Cass., 16 nov. 1868. Sirey, 69, 1, 259.

(2) Duranton, t. 13, no 98. — Zachariæ, t. 5, p. 640, 1re édit., et t. 8, p. 216, 4e édit. — Bonnier, no 394. — Marcadé, art. 1320, no 5.

Que si on entend restreindre l'application de la maxime au cas où l'énonciation porte, non sur l'établissement d'un droit quelconque à l'égard des tiers, mais sur l'existence de simples faits, tels que l'âge, la parenté, l'alliance, l'état civil, nous reconnaîtrons volontiers que les juges peuvent, sans aucun inconvénient, y conformer leur décision. Ils n'ont, en effet, à se prononcer que sur des points de fait, et tous moyens de preuve, même de simples présomptions, sont alors admissibles (1).

11. Il ne faut pas confondre avec les simples énonciations qui ont un rapport plus ou moins direct à la disposition principale, les constatations, déclarations, reconnaissances et actes destinés à établir, comme ayant une existence propre et indépendante, une disposition, obligation ou convention particulière. Ils constituent, en effet, autant d'actes spéciaux, malgré l'unité de rédaction et de contexte, et, s'il est vrai que la preuve d'un fait juridique puisse résulter de tout écrit, alors même qu'il n'a pas été rédigé dans le but formel d'en constater l'existence, il est incontestable qu'un acte, intercalé et confondu à dessein dans un autre, fait également foi entre les parties, comme s'il avait été l'objet d'une rédaction distincte et séparée.

Chacun de ces actes, simplement unis par le lien d'une rédaction commune et simultanée, n'en est pas moins indépendant de l'autre, de telle sorte que l'un peut être déclaré nul ou inefficace à raison d'un vice de fond ou de forme, sans que l'autre cesse de produire tous ses effets, à moins qu'il ne soit établi, par les termes de l'acte ou les circonstances de la cause, qu'ils sont subordonnés l'un à l'autre, et que leur ensemble forme un tout indivisible.

C'est ainsi que l'on peut intercaler dans un contrat de mariage ou de donation, une société, une vente, une cession de droits, un arrêté de compte; et, si l'acte ne vaut pas comme

(1) TOULLIER, t. 8, n° 166.

contrat de mariage ou de donation, il ne laisse pas de valoir pour le surplus, pourvu qu'il réunisse, en ce qui concerne les actes particuliers qui y sont intercalés, les conditions de forme moins solennelles qui leur sont propres.

Le doute à cet égard n'a jamais existé qu'en ce qui concerne les dispositions, reconnaissances et conventions particulières insérées dans les actes testamentaires. Le droit romain voulait que le testament fût fait *uno contextu*, d'un seul contexte (1), et, précisant ce qu'il entend par là, il dit (2) que l'unité de contexte consiste, *nullum actum alienum testamento intermiscere*, à n'entremêler au testament aucun acte étranger. De là les interprètes ont été amenés à se poser cette question : est-ce qu'on ne pourra donc pas, dans un testament, faire une donation, s'imposer une obligation, contracter un engagement? *Non igitur poterit in testamento donari, promitti per stipulationem, celebrari contractus* (3)? Il semble, au premier abord, que la négative soit résolue par la loi 21, § 3, *ff. Qui test. fac. poss.*, combinée avec la loi 20, *ff. De verb. signif.*, qui considère comme étrangers au testament les actes, les contrats; *verba, contraxerunt, gesserunt, non pertinent ad testandi jus.*

Cependant, tous les interprètes du droit, Accurse en tête, ont réclamé contre une semblable interprétation; et l'opinion commune a été que les conventions et dispositions insérées dans un testament étaient valables, lorsqu'elles n'étaient pas absolument étrangères au testament (4), ou plutôt n'étaient pas étrangères au testateur. Or, on ne saurait dire que ces actes intercalaires sont étrangers au testament, lorsqu'ils ont pour objet tout ou partie des choses dont le testateur dispose. Et cela est si vrai que, malgré ses exigences à l'égard de

(1) Instit., § 3, *De ord. test.*

(2) L. 21, § 3, *ff. Qui test. fac. poss.*

(3) GODEFROI, sur la loi 21, § 3, *ff. Qui test. fac. poss.*

(4) Voy. MERLIN, Quest., v^is *Succession future*, § 1, et Rép., v° *Testament*, sect. 2, § 6.

l'unité de contexte, le droit romain reconnaissait la validité des reconnaissances de devoir faites par testament.

Ainsi, le testateur charge son héritier de payer tant à un tel, son créancier. Le jurisconsulte Scévola répond : Si la dette n'est pas réelle, il n'y a pas action pour dû, *ex debito*, mais seulement pour fidéicommis, *ex fidei commisso* (1). Et nous pouvons dire tout de suite qu'il n'en serait pas autrement dans notre droit; que le créancier reconnu comme tel dans le testament aura action en cette qualité, si la dette existe réellement.

Ce qui est vrai des reconnaissances de devoir est vrai également de tout autre acte, comme d'une donation, d'une vente, d'un louage. Aussi, Ricard (2) ne fait pas de difficulté qu'on ne puisse mêler à un testament une autre espèce de contrat, telle qu'une donation. C'est alors un acte séparé, ayant sa force et son indépendance particulières, et qui, pour être engagé dans le corps d'un autre, n'en emprunte point la nature.

L'ordonnance de 1735 exigeait aussi l'unité de contexte. Elle voulait, article 5, que le tout fût fait de suite et sans divertir à autres actes. Cependant, la validité de ces contrats intercalaires n'était pas contestée. Comment en douterait-on sous le Code civil, qui n'exige expressément cette unité de contexte que pour l'acte de suscription du testament mystique (976) (3)?

12. Poursuivons les conséquences de ce principe.

S'agit-il d'un contrat de vente ou de donation, dûment accepté par l'acquéreur ou le donataire, d'un contrat en bonne et due forme; nul doute que cet acte ne puisse être détaché du testament dans lequel il est engagé, pour recevoir une exis-

(1) L. 88, § 10, *ff. De leg.*, 2°.

(2) *Donations*, 3e partie, ch. 2, sect. 1, n° 107.

(3) Pothier, *Donat. test.*, ch. 6, sect. 2, § 3. — Toullier, t. 5, n° 627. — Duranton, t. 9, n° 59. — Merlin, Rép., v° *Testament*, *ibid.*

tence propre et indépendante, à moins qu'il ne soit expressément établi qu'il est subordonné à la condition que le testament lui-même aura toute son efficacité. Le contrat sera alors simplement conditionnel.

Quant aux simples reconnaissances de dette, faites sans le concours et l'acceptation du créancier, elles font également titre en sa faveur, titre originaire ou récognitif, pourvu que la dette soit réelle, et que le prétendu créancier réclame le payement, non pas en vertu du testament, à titre de legs, mais en vertu d'une obligation préexistante, à titre de créance. La reconnaissance est alors indépendante du testament. Comme fait irrévocablement accompli, elle n'appartient plus à son auteur. C'est un acte qui se place en dehors des dispositions testamentaires, et qui ne subit, ni la loi des formes solennelles propres au testament, ni les caprices de la volonté du testateur.

Nous empruntons un exemple à la loi romaine : Un affranchi reconnaît par codicille l'existence d'un dépôt fait par son maître. On demande si cette reconnaissance, sans aucun autre élément de preuve, suffit pour établir le dépôt. Le jurisconsulte Scévola répond : foi est due à l'écriture, *credenda est scriptura* (1).

La reconnaissance de devoir vaut donc comme titre obligatoire et de rigueur (2). Elle est, en conséquence, irrévocable de la part du testateur qui contracte obligation (3). Mais il doit avoir la capacité propre à la nature des engagements qu'il contracte, si le testament est nul. Car, s'il est valable sous le rapport de la capacité du testateur et de la régularité de la forme, la reconnaissance vaut toujours, au moins comme disposition testamentaire, mais seulement à ce titre. Tel est le cas où elle émane d'un mineur ou d'une femme mariée, qui

(1) L. 37, § 5, *ff. De leg.*, 3°.
(2) VALIN, *La Rochelle*, t. 2, p. 325.
(3) RICARD, *ibid.*, nos 107 et 108. — TOULLIER, t. 5, no 637.

ont la capacité de tester, sans avoir celle de contracter ou de faire une reconnaissance valable (1).

Elle vaudra comme acte intercalaire, malgré la nullité du testament, pourvu qu'elle réunisse toutes les conditions de formes voulues pour son existence, par exemple, si le testament n'est pas valable comme acte testamentaire, et qu'il puisse néanmoins valoir comme écrit privé ou acte authentique moins solennel (2). En tout cas, il vaut comme commencement de preuve écrite.

On peut enfin dire de cet acte de reconnaissance, qui fait titre complet en lui-même, que si les preuves peuvent disparaître, elles ne se révoquent pas, qu'elles sont définitivement acquises et qu'elles appartiennent, en tout temps, à celui qui a intérêt à les invoquer (3). Au surplus, quoique frappé de révocation ou de caducité, le testament ne laisse pas de valoir au moins comme commencement de preuve écrite. Ce dernier point est hors de toute controverse (4).

Il s'ensuit que le créancier n'a pas à attendre, pour agir, la mort de son débiteur. Son action et son droit d'invoquer le titre qui existe en sa faveur, ne sont soumis à d'autres conditions que l'échéance et l'exigibilité de la dette, pourvu que la reconnaissance émane d'une personne capable de s'obliger.

Mais il en est tout autrement, lorsque la reconnaissance n'a été faite que pour déguiser une libéralité envers une personne capable ou incapable. Elle n'a alors d'autre valeur que celle de tout acte testamentaire, essentiellement révocable, sans effet possible du vivant du testateur ; elle est liée, en un mot,

(1) MERLIN, Rép., *ibid.*

(2) TOULLIER, t. 5, n° 637. — TROPLONG, *Donat.*, n° 2055. — *Contrà*, MERLIN, Rép., v° *Testament, ibid.*

(3) TOULLIER, *ibid.* — RICARD, *ibid.*, n° 114. — DANTY, sur Boiceau, ch. 16, n°s 4 et suiv. — POTHIER, *Donat. test.*, ch. 6, sect. 2, § 3. — FURGOLE, *Testaments*, ch. 11, n° 48. — BRETONNIER, sur Henrys, liv. 5, ch. 1, *Quest.* 6. — *Contrà*. TROPLONG, *Donat.*, n° 2056-2057 et suiv.

(4) TOULLIER, *ibid.* — MERLIN, *ibid.* — TROPLONG, *Donat.*, n° 2061.

au sort du testament, dont elle est une partie intégrante et de même nature (1).

Voici un exemple que Ricard (2) cite d'après Valère Maxime : un testateur fait à sa concubine un legs déguisé sous la forme d'une reconnaissance de dette. Il revient à la santé, et cette femme veut prendre avantage de cette reconnaissance qui avait été faite à son profit. Le juge Caïus Aquilius repoussa son action.

Telle est donc la distinction fondamentale qu'il convient de faire : La reconnaissance de devoir s'applique-t-elle à une dette réelle, préexistante, ayant sa cause particulière? elle vaut titre définitif, irrévocable, emportant action du vivant même du testateur, si elle est échue et exigible, nonobstant même toute révocation ou caducité du testament. Que si, au contraire, elle s'applique à une dette simulée et contient une libéralité testamentaire déguisée, elle ne vaut que comme vaudrait un legs exprès et formel (3).

Cujas (4) a posé cette règle : Dans le doute, le testateur est présumé avoir cherché un prétexte à son legs, *in dubio præsumitur testator quæsiisse prætestum legato*. Et cette présomption, admise par la plupart des anciens auteurs, est appliquée par M. Troplong (5), sans distinguer même si la reconnaissance de devoir a été faite en faveur d'une personne capable ou incapable de recevoir. M. Toullier (6) fait, au contraire, cette distinction, et n'applique la présomption de libéralité déguisée que si la reconnaissance est faite en faveur d'un incapable. Pour nous, nous en tenant aux termes du testament, nous

(1) RICARD, *ibid.*, n°s 108 et suiv. — TOULLIER, *ibid.* — MERLIN, Rép., *ibid.* — TROPLONG, *ibid.*

(2) *Ibid.*, n° 110.

(3) TOULLIER, *ibid.* — DANTY, sur Boiceau, ch. 16, n° 13. — MERLIN, Rép., v° *Testament*, sect. 2, § 6, n° 1. — FURGOLE, *Testaments*, ch. 11, n° 48. — TROPLONG, *Donat.*, n° 2060.

(4) Sur la loi 88, § 10, *ff. De leg.*, 2°.

(5) *Donat.*, n° 2056.

(6) T. 5, n° 636. — Voy. encore VALIN, *ibid.*, p. 326.

disons que la présomption légale est que la déclaration du testateur est sincère, et que la foi lui est due jusqu'à preuve contraire, comme aux papiers domestiques (1331). La règle générale est, en effet, que la fraude ne se présume pas, et que c'est à celui qui l'allègue à l'établir. Or, telle est la situation de la partie qui prétend que la reconnaissance de devoir masque un simple legs, une libéralité à cause de mort : elle a contre elle les termes du testament; qu'elle établisse donc par une preuve contraire que foi cesse de leur être due. Le doute devra ainsi s'interpréter contre ses prétentions. Mais hâtons-nous d'ajouter que les juges devront se montrer d'autant moins difficiles sur les présomptions de fait invoquées pour combattre la foi légalement due aux déclarations du testateur, surtout si elles ont eu lieu en faveur d'un incapable. Car la forme même de l'acte testamentaire peut servir de première présomption de fait, mais de fait seulement.

Que si, enfin, nous admettons que la loi due à la reconnaissance de devoir peut être combattue et infirmée par la preuve contraire, même par de simples présomptions, c'est que cette déclaration, qui ne présente point les caractères d'un fait contractuel, ne rentre pas dans la classe des écrits outre et contre la teneur desquels aucune preuve testimoniale n'est admise.

13. Reste une dernière question, dont la solution découle naturellement des principes que nous venons d'établir. C'est que la partie intéressée peut se faire délivrer, du vivant même du testateur, expédition de l'acte intercalaire, si elle y a personnellement figuré, ou se faire autoriser à fins de compulsoire, s'il s'agit d'une reconnaissance, disposition ou délaration simplement unilatérale. Telle est la conséquence nécessaire de l'efficacité du titre. Car on ne saurait comprendre qu'un acte faisant titre pût exister, sans que la partie dont il constate les droits, et qui est admise à s'en prévaloir, fût autorisée à le produire en justice, alors surtout que son adversaire

a la faculté incontestée de le communiquer, suivant son intérêt (1).

D'ailleurs, ce ne sera pas le testament qui sera expédié tout entier. Il ne le sera que par extrait, en ce qui concerne l'acte intercalaire, lequel est étranger aux dispositions testamentaires proprement dites, et susceptible, conséquemment, d'une expédition distincte, comme il l'est d'une exécution séparée. Ainsi est respecté le secret dû aux actes de dernière volonté. Après tout, le testament n'a droit qu'au secret légal; et nous entendons par là le secret commun à tous les actes notariés qui ne doivent, en règle générale, être communiqués qu'aux parties. Or, comme le testament est l'œuvre d'un seul, il ne doit être communiqué qu'à lui et rester secret pour tous les autres, qui sont sans droit, comme sans intérêt actuel, à en prendre communication. Mais il n'est secret que comme testament. Si donc, en dehors des dispositions testamentaires, il contient un acte particulier qui crée ou reconnaît des droits envers des tiers, alors le secret ne lui est plus dû pour cette partie, parce qu'elle n'est pas le testament; parce que des tiers ont un droit et un intérêt actuels à cette communication; parce que, enfin, cet acte intercalaire est leur titre.

Article 1321.

Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes; elles n'ont point d'effet contre les tiers.

Sommaire.

1. De la contre-lettre.
2. Pourquoi elle est nulle à l'égard des tiers? Faits accomplis.
3. Peu importe que l'acte originaire soit authentique ou sous seing-privé;
4. Que la contre-lettre soit elle-même authentique ou sous seing-privé.

(1) *Contrà.* Bordeaux, 27 août 1872. Sirey, 73, 2, 193.

5. Critique de la place qu'occupe l'article 1321.
6. Article 1395 et suivants.
7. Dispositions de la loi du 22 frimaire an VII, abrogées par l'article 1321.
8. Assimilation aux contre-lettres, des aveux et déclarations verbales.
9. Ce qu'on doit entendre par tiers. Exemples.
10. La contre-lettre est opposable aux tiers de mauvaise foi.
11. Les tiers peuvent l'opposer du chef des contractants.
12. De la forme de la contre-lettre.
13. Certains actes qu'il ne faut pas confondre avec les contre-lettres.
14. Des actes qui ne font qu'interpréter un acte antérieur.
15. Des déclarations de command.

COMMENTAIRE

1. Les parties peuvent très valablement, dans leurs rapports respectifs, modifier à leur gré, par des actes séparés et distincts, les conventions ou dispositions qu'elles ont arrêtées entre elles par des actes antérieurs. Ces actes, qui contiennent ainsi des changements, des dérogations et des modifications par rapport aux autres, s'appellent contre-lettres.

Destinés le plus souvent à demeurer secrets, ils ont pour but et pour résultat de modifier plus ou moins profondément le caractère, le sens et les effets de l'acte apparent et primitif, en établissant entre eux et lui une contradiction, une opposition plus ou moins marquée. Quelquefois même ils en prononcent formellement l'annulation, et le déclarent expressément nul et non avenu. Tantôt la contre-lettre rétablit la vérité qui avait été dissimulée dans l'acte apparent; tantôt, au contraire, elle contient elle-même un déguisement et une simulation.

2. La bonne foi et l'équité, qui sont l'âme des contrats, ne permettent point que de pareils actes puissent être opposés aux tiers, alors même que, comme contre-lettres, ils ne contiennent ni dol ni fraude caractérisés. Il suffit que les tiers aient acquis des droits sur la foi de l'acte primitif, le seul appa-

rant, pour qu'ils soient maintenus en leur possession, quelles que soient même la sincérité et l'exactitude des faits sur lesquels sont fondées les dérogations et modifications postérieures. Autrement, si au milieu de la contradiction qui existe entre le témoignage public de l'acte originaire, et la pensée secrète révélée par la contre-lettre, cette dernière devait prévaloir, à l'égard et au préjudice des tiers, il n'y aurait pour eux aucune sécurité dans les contrats; ils seraient victimes de surprises contre lesquelles ils sont hors d'état de se garantir.

Telles sont donc les dispositions de l'article 1321 : « Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes; elles n'ont point d'effet contre les tiers. »

D'après les termes de notre article, ce sont les contre-lettres seules qui sont inopposables aux tiers. Quant aux actes déjà consommés par les parties contractantes en exécution ou en conformité de leur convention secrète, ils doivent être respectés par les tiers, au même titre que s'ils avaient été accomplis en l'absence et indépendamment de toute contre-lettre. En effet, du moment que ces actes ont par eux-mêmes une cause légitime et qu'ils ne sont pas argués de fraude, les créanciers sont réputés n'être, par rapport à eux, que les ayants-cause de leur auteur, tenus, en cette qualité, de ne point revenir contre ce qu'il a fait. Les choses alors ne sont plus entières, et les créanciers sont en présence, non d'une convention clandestine qui n'a aucun effet contre eux, mais d'un fait accompli, tel qu'un payement, une délivrance, qui a lui-même tous les caractères légaux d'un fait contractuel. Il doit donc produire, à l'égard des créanciers, tous les effets qui lui sont propres, et suivant la qualité des créanciers auxquels on l'oppose; c'est-à-dire que les créanciers chirographaires seront obligés comme leur auteur, et les créanciers hypothécaires sous la réserve des droits spéciaux qui leur ont été conférés. Telle est la distinction qu'il convient d'établir tout d'abord entre les faits accomplis qui fixent un état de

choses, et les simples contre-lettres dont les effets sont restés pendants (1).

3. Il importe peu que l'acte antérieur auquel elles apportent des dérogations et modifications, soit authentique ou sous seing-privé. Leur inefficacité tient à leur caractère même, et non à la nature de l'acte qu'elles ont pour effet de modifier.

4. Il est également indifférent que les contre-lettres soient établies par acte sous seing-privé ou authentique. Elles présentent toujours les mêmes dangers envers les tiers (2).

Autrefois, cependant, on pouvait leur opposer la contre-lettre passée devant notaires, ou reconnue en justice, lorsque, dans l'un ou l'autre cas, elle avait été faite en même temps que l'acte auquel elle dérogeait. Le Code ne reproduisant point cette distinction introduite par notre ancienne jurisprudence, l'a par cela même repoussée.

5. Avant d'aller plus loin, nous devons faire remarquer que l'article 1321 serait tout aussi bien à sa place à la suite de l'article 1165. Car il traite de l'efficacité des conventions à l'égard des tiers. Nous rappellerons donc une dernière fois la distinction qu'il convient de faire entre la force probante des actes, et l'efficacité des conventions et dispositions qu'ils contiennent, à l'égard des tiers étrangers. Ainsi, la contre-lettre constatée par acte authentique ou par acte sous seing-privé reconnu ou judiciairement tenu pour avéré, fait foi, non-seulement entre les parties, mais encore envers les tiers, des dérogations et modifications qu'elle renferme. Mais quant à ses effets à leur égard, elle n'en produit aucun, ainsi que le déclare notre article.

(1) Cass., 3 juillet 1882. Sirey, 82, 1, 459.

(2) Toullier, t. 8, n° 182. — Zachariæ, t. 5, p. 640, 1re édit., et t. 8, p. 265, 4e édit. — Voy. Cass., 20 avril 1863. Sirey, 63, 1, 230. — Toulouse 28 mai 1874. Sirey, 74, 2, 153.

6. Les articles 1395 et suivants, relatifs au contrat de mariage, contiennent une exception aux principes généraux, en ce que les contre-lettres qui n'ont pas été rédigées conformément à leurs prescriptions ne produisent aucun effet, n'engendrent aucun lien de droit, même entre les parties contractantes.

En voici les dispositions : « Les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage (1395).

» Les changements qui y seraient faits avant cette célébration, doivent être constatés par acte passé dans la même forme que le contrat de mariage. Nul changement ou contre-lettre n'est, au surplus, valable sans la présence et le consentement simultané de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage (1396).

» Tous les changements et contre-lettres, même revêtus des formes prescrites par l'article précédent, seront sans effet à l'égard des tiers, s'ils n'ont été rédigés à la suite de la minute du contrat de mariage ; et le notaire ne pourra, à peine de dommages et intérêts des parties, et sous plus grande peine, s'il y a lieu, délivrer ni grosses ni expéditions du contrat de mariage, sans transcrire à la suite le changement ou la contre-lettre (1397). »

Ces dispositions sont fondées sur la nécessité de garantir l'immutabilité des conventions matrimoniales qui constituent un pacte de famille.

7. Dans un intérêt purement fiscal, en vue de prévenir autant que possible les fraudes qui peuvent se commettre au préjudice du trésor public, par la dissimulation d'une partie du prix dans les contrats de vente, la loi du 22 frimaire an VII, article 40, déclare nulles et de nul effet, toutes contre-lettres sous signature privée ayant pour objet de constater une augmentation du prix stipulé dans un acte public ou dans un acte sous

signature privée précédemment enregistré. M. Merlin (1) avait soutenu, dans le principe, que cette disposition était toujours en vigueur, qu'elle n'avait point été abrogée par l'article 1321 du Code civil; et cette opinion avait été partagée par plusieurs jurisconsultes (2).

Aujourd'hui cette question d'abrogation ne se discute même plus. Il est reconnu en jurisprudence et en doctrine, que les contre-lettres ont force obligatoire entre les parties contractantes, alors même qu'elles ont pour résultat de favoriser certaines fraudes au préjudice du trésor public. Quelque soit l'intérêt de l'État à réprimer ces fraudes fiscales, il existe un intérêt plus élevé, plus profondément social, qui a déterminé le législateur à maintenir entre les contractants la loi du contrat établie par la contre-lettre. C'est que, avant tout, il doit protéger contre la cupidité et la mauvaise foi, dans un intérêt de haute moralité publique, les principes généraux de justice et de probité qui doivent présider à l'exécution des contrats. Si l'article 1321 dit que les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes, cette formule restrictive ne signifie pas qu'il y a certaines contre-lettres qui peuvent avoir quelque effet, et d'autres qui n'en produisent aucun. Elle signifie seulement, ainsi que l'expliquent les termes qui suivent, qu'elles n'ont point d'effet contre les tiers. Ajoutons que la discussion qui s'éleva au conseil d'État, sur la proposition qui y fut faite de proscrire absolument les contre-lettres (3), ne laisse subsister aucun doute sur l'intention du législateur d'abroger, par l'article 1321, l'article 40 de la loi du 22 frimaire an VII (4). Il ne reste plus aujourd'hui de cet

(1) Quest., v° *Contre-Lettre,* § 3.

(2) De Plasman, *Contre-lettres,* § 13. — Rolland de Villargue, v° *Contre-lettre,* n° 12.

(3) Voy. Locré, t. 12, p. 214 et 395.

(4) Toullier, t. 8, n°s 186 et suiv. — Zachariæ, t. 5, p. 641, n^te 52, 1re édit., et t. 8, p. 266, 4e édit. — Duranton, t. 13, n° 103. — Delvincourt, t. 2, p. 819. — Favard, v° *Contre-lettre.* — Cass., 10 janv. 1819. Sirey, 19, 1, 151.

article que la disposition qui soumet les contre-lettres, à titre d'amende, à la perception d'un triple droit d'enregistrement.

Il n'y a enfin, aucune distinction à établir entre les matières civiles et les matières commerciales. Le principe que les contre-lettres sont valables entre les parties contractantes, et qu'elles doivent recevoir, par rapport à elles, leur pleine et entière exécution, est également applicable aux matières de commerce, notamment aux traités de société commerciale, quand bien même ils auraient reçu la publicité légale déterminée par l'article 42, C. comm. Tel est le cas où il est établi que l'un des prétendus associés ne figure que nominalement dans la société qui a été formée en réalité avec une autre personne (1).

8. Il convient d'assimiler à une véritable contre-lettre, établie par acte authentique ou sous signature privée, les aveux, déclarations et reconnaissances purement verbales, émanées des parties contractantes, et contenant des dérogations et modifications à un acte antérieur. L'acte ne constitue, en effet, qu'un moyen particulier de preuve qui peut être suppléé par d'autres. De semblables aveux, déclarations et reconnaissances vaudront, ainsi, comme de véritables contre-lettres entre les contractants; mais ils ne pourront être opposés aux tiers. Ajoutons qu'ils ont même un caractère plus sensible de clandestinité, puisqu'ils ne sont constatés par aucun acte, et que c'est une raison de plus pour que, à l'égard des tiers, ils ne produisent aucun effet.

9. Il faut entendre ici par tiers ceux qui n'ont point figuré à l'acte antérieur modifié ou détruit par la contre-lettre; ceux, en un mot, qui n'y ont point été contractants et qui, d'ailleurs, n'agissent point comme exerçant seulement les droits et actions de leur débiteur, par conséquent les créanciers simplement chirographaires (2). C'est ce qui résulte manifeste-

(1) Cass., 20 déc. 1852. Sirey, 53, 1, 27.

(2) Cass., 23 mai 1870. Sirey, 71, 1, 151. — Caen, 17 mai 1873. Sirey, 74, 2, 46. — Cass., 18 août 1874. Sirey, 75, 1, 255. — 3 janv. 1883. Sirey, 83, 1, 69.

ment des termes de l'article 1321, et de la mise en opposition des tiers avec les parties contractantes. L'esprit de la loi fortifie lui-même cette interprétation; car elle a pour but, en déclarant les contre-lettres sans effet envers les tiers, de les garantir contre les surprises et les fraudes que pourraient commettre à leur préjudice les parties contractantes, en modifiant ou en rapportant l'acte antérieur au moyen d'une contre-lettre tenue secrète.

La loi n'exige même pas que le tiers ait traité en vue et en connaissance des droits conférés par l'acte que la contre-lettre est destinée à modifier ou à rapporter (1).

Ainsi, les actes faits entre le débiteur et le propriétaire apparent d'une créance qui lui a été transmise par l'effet d'un transport ostensible, sont opposables au tiers qui se présente comme étant le véritable cessionnaire de la créance, en vertu d'une contre-lettre. Ce dernier ne peut s'en prévaloir contre le tiers débiteur, ni revenir par suite contre les actes faits avec le cessionnaire apparent qu'il prétend n'être que son mandataire (2).

En conséquence encore, l'acte ou le jugement qui attribue la propriété de la créance à un tiers sur le propriétaire apparent, est valable à l'égard de celui qui, en vertu d'une contre-lettre, même antérieure, se prétend réellement propriétaire de la créance et en réclame la propriété (3).

Le souscripteur d'un billet ne peut non plus opposer aux tiers qu'il s'est obligé fictivement et par complaisance.

Si un acte de vente contient quittance d'une partie du prix, le vendeur ne peut opposer aux créanciers de l'acquéreur, alors même qu'ils agissent comme ayants-cause de celui-ci, l'existence d'une contre-lettre énonçant que la somme quittancée n'a pas été réellement payée. Ainsi, le vendeur ne peut

(1) Cass., 16 déc. 1840. Sirey, 41, 1, 167.
(2) Cass., 25 juin 1835. Dalloz, 35, 1, 373.
(3) Cass., 16 déc. 1840. Sirey, 41, 1, 167.

refuser les offres par eux faites, si elle sont de toute la somme qui reste due d'après l'acte (1).

Il en serait de même si la contre-lettre portait augmentation du prix stipulé au contrat.

La contre-lettre portant qu'un acte d'aliénation n'est pas réel, et qu'il est simulé, ne peut non plus être opposée aux tiers à qui le propriétaire apparent a transmis la propriété ou tout autre droit réel, tel qu'une servitude, une hypothèque (2).

Il arrive souvent que, dans un acte de vente, on dissimule une partie du prix, ou que l'acquéreur y reçoive quittance pour la totalité ou pour portion seulement, le vendeur n'exigeant, dans ce cas, que la remise d'une contre-lettre ou de valeurs souscrites par son débiteur, jusqu'à concurrence de la somme dissimulée ou quittancée. Si l'acquéreur ne paye pas, le vendeur ne pourra poursuivre, au préjudice des tiers, la résolution de la vente (3). Par rapport à ceux-ci, la contre-lettre ne vaut que comme simple rétrocession, de telle sorte qu'il y a nécessité de maintenir, à leur égard, la revente qui leur a été consentie, ou tous autres droits réels qui leur ont été concédés (4).

Si l'acte mentionne comme due une partie du prix seulement, bien qu'il soit dû pour la totalité ou pour une portion plus forte, les tiers intéressés à prévenir la résolution du contrat, à défaut de payement, sont recevables à offrir la portion du prix énoncée dans l'acte comme due, sans que le vendeur puisse leur opposer la contre-lettre.

Il s'ensuit encore qu'on ne peut opposer aux tiers de bonne

(1) Cass., 23 fév. 1835. Sirey, 35, 1, 361. — Paris, 29 avril 1837. Sirey, 37, 2, 245. — Lyon, 21 juin 1837. Sirey, 37, 2, 444.

(2) Toullier, t. 8, nº 182. — Duranton, t. 13, nº 104. — Marcadé, art. 1321, nº 2.

(3) Toullier, *ibid.* — Duranton, t. 13, nº 105. — Dijon, 31 juillet 1878. Sirey, 79, 2, 21.

(4) Douai, 10 mars 1849. Sirey, 49, 2, 374.

foi une contre-lettre par laquelle il serait expressément établi que la mère n'a constitué ses biens dotaux en dot à l'un de ses enfants, que dans le but, d'accord avec le donataire, de déguiser, par fraude envers la loi, l'aliénation de ces biens frappés de dotalité. Nonobstant ces conventions particulières, les tiers conserveront sur eux tous leurs droits de propriété, d'hypothèque ou d'expropriation.

Et il en est de même alors que la simulation ne résulte que des explications des parties et des circonstances du fait. Car elles équivalent à une contre-lettre faite avant ou après la donation, le contrat de mariage qui contient la libéralité ne présentant aucun indice de cette simulation frauduleuse (1).

Tel est enfin le cas où, par suite de la simulation d'une dette emportant contrainte par corps contre son mari, et de l'incarcération de ce dernier, une femme a obtenu l'autorisation d'engager ou d'aliéner ses biens dotaux. Soit que la preuve de cette fraude résulte de la production d'une contre-lettre, des circonstances de la cause ou des déclarations des parties, la femme ne pourra s'en prévaloir pour faire annuler, envers les tiers qui ont contracté de bonne foi, l'aliénation ou l'engagement de sa dot. Alors même qu'au lieu d'être complice de la fraude, elle en aurait été la victime, elle ne pourrait non plus en poursuivre l'annulation, parce que le dol pratiqué à son égard ne lui ouvre point d'action en nullité contre les tiers qui ont contracté de bonne foi, sans participer aux manœuvres frauduleuses. Le mari et son complice seraient seuls, dans ce cas, passibles de dommages et intérêts (2).

Par application des mêmes règles, le tiers qui s'est présenté, en personne ou par mandataire, aux assemblées générales des actionnaires d'une société, comme propriétaire d'un certain nombre d'actions, et y a exercé ainsi tous les droits attachés à cette qualité, ne peut ensuite prétendre

(1) Cass., 15 fév. 1847. Sirey, 47, 1, 293.
(2) Voy. Cass., 17 mars 1847. Sirey, 47, 1, 576.

qu'il n'en avait que la propriété apparente et fictive, afin de se soustraire à l'obligation de compléter la libération de ces actions (1).

10. Comme la nullité des contre-lettres, à l'égard des tiers, n'est fondée que sur la nécessité de protéger leur ignorance et leur bonne foi contre les surprises, le dol et la fraude, les contre-lettres peuvent leur être opposées, lorsqu'il est clairement établi qu'ils ont contracté en connaissance de cause et de mauvaise foi. Ils ne sauraient, en effet, dans ce cas, prétendre qu'elles leur causent préjudice, puisqu'ils ont volontairement et sciemment accepté la situation qui leur est faite. S'ils en éprouvent un dommage, ils n'ont qu'à se l'imputer à eux-mêmes.

11. Mais si les contre-lettres n'ont aucun effet à l'égard des tiers, ils peuvent néanmoins s'en prévaloir du chef des parties contractantes. Elles sont, en effet, obligatoires entre ces dernières, et doivent être exécutées envers elles comme tout autre engagement ordinaire.

Ainsi, le créancier du vendeur peut former saisie-arrêt entre les mains de l'acquéreur sur les sommes que ce dernier peut devoir, pour prix de vente, en vertu d'une contre-lettre.

Par exemple encore, si les parties étaient convenues par une contre-lettre que tel héritage, excepté de la vente dans le contrat ostensible, y est néanmoins compris, les tiers créanciers hypothécaires seraient fondés à prétendre que leurs hypothèques s'étendent également sur cet héritage.

12. Quant à sa forme, la contre-lettre est assujettie aux mêmes conditions que les autres actes. Les articles 1325 et 1326, concernant le *fait double* et le *bon* ou *approuvé*, lui sont applicables (2).

13. Du reste, il ne faut point assimiler à une véritable contre-

(1) Paris, 5 décembre 1882. Sirey, 84, 2, 111.
(2) Duranton, t. 13, nos 106 et 107.

lettre l'acte authentique ou sous signature privée par lequel les parties, sans fraude et de bonne foi, règlent l'exécution ou l'inaccomplissement d'une convention ou disposition antérieure. Tels sont les quittances, les règlements de compte, les résolutions amiables et volontaires pour inexécution des engagements ou pour toute autre cause; les rétrocessions consenties à la suite d'un acte translatif de propriété; l'acte par lequel l'un des coobligés solidaires reconnaît que le montant intégral de la dette ne concerne que lui seul (1). De pareils actes ne font, en effet, que confirmer la sincérité du contrat originaire, et, bien qu'ils puissent être ignorés des tiers, ils leur sont néanmoins opposables, dans les mêmes cas et sous les mêmes conditions que tout autre acte ordinaire.

On ne saurait non plus assimiler à une véritable contre-lettre les actes qui n'ont d'autre objet que d'assigner à l'acte principal une cause particulière, de l'existence de laquelle dépend son efficacité, alors même qu'une autre cause y aurait été énoncée, mais sans aucune espèce d'intention frauduleuse. Par exemple, une femme, mariée sous le régime dotal, déclare s'engager pour cause de prêt. Il est ensuite déclaré, prouvé ou reconnu que cet engagement a eu, en réalité, pour cause l'établissement de l'un de ses enfants. Les tiers envers lesquels elle s'est plus tard valablement obligée prétendraient vainement que ces déclaration, reconnaissance et preuve n'ont, à leur égard, aucune efficacité; que, par rapport à eux, la femme n'a point engagé ses biens dotaux; que ces biens restent affectés au payement de leurs créances, à l'exclusion du créancier antérieur, parce que l'acte que ce dernier invoque ne justifiant point par lui-même de la réalité de sa cause et de sa validité, ils ont été induits en erreur à cet égard, et qu'ils seraient victimes d'une surprise, puisqu'ils n'ont contracté qu'en vue et dans la croyance de la nullité du premier engagement.

(1) Douai, 1er mars 1851. Sirey, 51, 2, 309.

Ces objections ne sont que spécieuses. Il ne faut point, en effet, considérer comme constituant de véritables contre-lettres tous actes qui ne sont que le complément, le développement ou l'explication d'un acte antérieur, par cela seul qu'ils fournissent une exception ou des moyens de défense, jusque-là ignorés ou non prévus, contre une action en rescision ou en nullité. Une pareille interprétation de l'article 1321 renverserait les principes les plus élémentaires du droit. Vainement les tiers qui ont contracté postérieurement allèguent qu'ils ont pu être induits en erreur par l'énonciation, dans le premier acte, d'une cause qui n'en établissait pas la validité. Sur ce point, leur position leur est commune avec bien d'autres contractants. C'était à eux d'ailleurs à s'enquérir, à s'informer des véritables causes de l'engagement qu'on leur oppose, et de la situation de la femme avec laquelle ils ont contracté. S'ils ont pu croire qu'ils pourraient faire reconnaître à leur profit la nullité de cet engagement, ils ont dû, en même temps, s'attendre que le premier créancier, par exemple, le cessionnaire de l'hypothèque ou des reprises dotales de la femme, ferait valoir, contre leur action en nullité, toutes exceptions et tous moyens de droit par lesquels il lui serait possible de justifier la légitimité et la validité de sa créance, à peu près comme fait un créancier dont le titre énonce une fausse cause ou n'en mentionne aucune.

Il ne faut point non plus considérer comme constituant de véritables contre-lettres, les actes qui n'ont d'autre but que de rétablir la vérité d'une situation actuelle ou passée. Par exemple, un père déclare vendre à son fils, marié en communauté, certains immeubles. Mais cette vente déguise une donation. L'acquéreur prétendu pourra prouver, à l'égard de sa femme, qu'en effet ils lui ont été donnés, et qu'ils lui sont conséquemment propres et non acquêts.

Que si, au contraire, la vente avait été faite par le beau-père à son gendre, qui plus tard aurait vendu les immeubles seul et sans le concours de sa femme, cette dernière ne serait

point recevable à établir, à l'égard des acquéreurs, que la vente couvrait une donation qui lui était faite par interposition de personnes, et que, par suite, les biens lui étant propres n'ont pu être aliénés sans son consentement. Dans ce dernier cas, la preuve du déguisement constitue une véritable contre-lettre, parce qu'elle se réfère à des actes intervenus avec des tiers à une date postérieure. Dans le premier cas, au contraire, il n'y a point de contre-lettre, ni rien qui s'en rapproche dans le sens de notre article, parce que le déguisement et la simulation ne constituent, à l'égard de la femme, aucune occasion de fraude possible pour l'avenir, et ne touchent qu'à la situation qui lui est respectivement faite par son contrat de mariage. Cette distinction entre le passé et l'avenir, quant à la portée et l'intention de l'acte, est fondamentale en matière de contre-lettres. Aussi, disons-nous qu'elles ne sont destituées de tout effet à l'égard des tiers, qu'en ce qui concerne les actes ultérieurement passés avec eux. Les développements dans lesquels nous sommes entrés, expliquent sans doute suffisamment notre pensée à cet égard.

14. Il convient aussi de distinguer des contre-lettres proprement dites les actes qui n'ont d'autre objet que l'interprétation d'une clause obscure et ambiguë. Les tiers ne seraient point fondés à prétendre que cette interprétation ne leur est point opposable, et à demander, en conséquence, que par rapport à eux, l'acte en reçoive une nouvelle et entièrement différente.

15. Il ne faut pas non plus confondre avec les contre-lettres les déclarations et reconnaissances qui, sans changer ni modifier la substance de la convention ou de la disposition, tendent simplement, en exécution d'une clause expresse ou tacite, à en faire passer la charge et le bénéfice sur la tête d'un tiers. Telle est la déclaration de command ou d'ami, qui n'est que l'indication faite après coup du tiers inconnu qui a donné ou est censé avoir donné mandat de faire l'acte.

Entre les parties contractantes, la faculté de déclaration de command doit être expressément réservée. Si elle ne l'a pas été, celui qui prétendrait en user n'en demeurerait pas moins obligé envers l'autre partie, et sa déclaration ne vaudrait, à son égard, que comme cession de ses droits en faveur d'un tiers (1).

Mais lorsque le droit de déclarer command a été réservé dans l'acte, et que la déclaration en a été faite dans les délais convenus, ou, à défaut de délai préfix, dans celui qui, sur la demande de la partie intéressée, est imparti par le juge, le déclarant cesse d'avoir aucune obligation ou aucun droit. Il est, en effet, réputé mandataire du command sur la tête duquel passent immédiatement tous les droits et toutes les obligations résultant du contrat (2).

Les cas les plus fréquents de délarations semblables ont lieu en matière de ventes judiciaires. Comme les enchères sont faites à l'audience et par le ministère d'avoué (705. C. pr.), les avoués enchérisseurs sont de droit réputés mandataires, et censés ne jamais se porter adjudicataires pour eux-mêmes. L'avoué dernier enchérisseur est donc tenu, dans les trois jours de l'adjudication, de déclarer l'adjudicataire et de fournir son acceptation, sinon de représenter son pouvoir, lequel demeurera annexé à la minute de sa déclaration; faute de ce faire, il sera réputé adjudicataire en son nom (707, C. pr.), à moins qu'il ne soit avoué poursuivant, auquel cas l'adjudication serait déclarée nulle, avec dommages et intérêts envers toutes les parties (711, C. pr.).

L'avoué dernier enchérisseur, avec réserve de command, peut au surplus, en indiquant l'adjudicataire, réserver pour ce dernier la faculté de déclarer command. Le client peut alors user lui-même de cette faculté (3), pourvu qu'il l'exerce dans

(1) TOULLIER, t. 8, nº 170. — TROPLONG, *Mandat.*, nº 8.
(2) TOULLIER, t. 8, nºs 170, 174 et 181.
(3) TOULLIER, t. 8, nº 170.

les trois jours de l'adjudication ; car le délai dans lequel l'adjudicataire doit être irrévocablement connu ne saurait être prorogé hors des termes de la loi. S'il ne faisait sa déclaration de command, dont la faculté lui a été réservée par l'avoué dernier enchérisseur, qu'après l'expiration de ce délai de trois jours, il resterait adjudicataire définitif, et sa déclaration ne vaudrait, par rapport aux tiers intéressés, que comme cession du bénéfice de l'adjudication.

Si M. Toullier parle du délai de vingt-quatre heures comme étant celui dans lequel l'adjudicataire déclaré doit user de la faculté de déclarer command, ce n'est qu'en ce sens seulement que le délai de vingt-quatre heures est un terme fiscal, passé lequel on ne peut déclarer command, sans que cette déclaration ne donne lieu à de véritables et nouveaux droits de mutation. Nous pensons donc que si l'avoué dernier enchérisseur réserve pour l'adjudicataire qu'il indique, le droit d'élire lui-même command, ce dernier a, pour en user, les trois jours accordés par l'article 707, C. de pr., à partir de l'adjudication, pour faire connaître l'adjudicataire définitif.

Outre la nécessité de l'opérer dans les délais convenus ou fixés, la déclaration de command doit se faire gratuitement, aux mêmes prix, charges et conditions que le contrat primitif. S'il y avait des changements et modifications, ce serait une preuve qu'il y a un contrat différent et nouveau. La présomption de mandat s'évanouirait, et toute partie intéressée pourrait faire reconnaître que la déclaration de command n'est qu'un masque qui a servi à déguiser une véritable rétrocession (1).

Elle ne cesserait pas toutefois d'être gratuite, si le bénéfice stipulé ne constituait que la rémunération légitime d'un mandat accompli.

Mais les parties qui ont intérêt à faire tomber la déclaration

(1) Toullier, t. 8, nos 172 et 173.

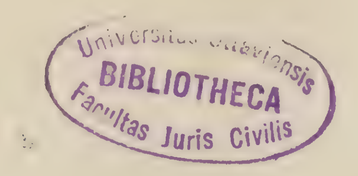
de command, sont toujours recevables, tant qu'elles ne l'ont pas acceptée, à établir par tous moyens de preuve que le prétendu mandataire n'a contracté que pour lui en son nom, à son profit personnel. Elles peuvent ainsi établir que cette déclaration est frauduleuse, en prouvant qu'elle a été faite avec prime, à un prix différent, à des charges et conditions différentes, ou que le déclarant a fait sur la chose qui en forme l'objet, des actes de propriété et de disposition incompatibles avec sa qualité prétendue de simple mandataire (1).

Si les parties contractantes peuvent, dans leurs rapports respectifs, accorder un délai plus ou moins long pour faire une déclaration de command, et si la déclaration faite dans le délai a, sous cette seule condition, pour effet de mettre le command déclaré au lieu et place de celui qui l'indique, de telle sorte qu'il n'y ait qu'un seul et unique contrat, néanmoins, à l'égard du fisc, la faculté d'élire command est renfermée par la loi dans un terme très court. On comprend, en effet, qu'elle peut être facilement employée pour déguiser des ventes successives, et frauder par ce moyen le trésor public. La loi du 22 frimaire an VII, article 68, § 1, n° 24, exige donc que la déclaration de command, pour être dispensée du droit proportionnel, soit faite par acte public et notifiée dans les vingt-quatre heures. Et ce délai court du jour même de l'acte et non de son enregistrement.

Nous avons dit qu'il ne fallait point confondre les déclarations de command avec les contre-lettres proprement dites. On peut voir maintenant quelles différences il existe entre elles. Bornons-nous à faire remarquer que si les contre-lettres sont, le plus souvent, destinées à demeurer secrètes, si elles ont pour objet de modifier, changer ou même détruire, à l'insu des tiers, un acte préexistant, les déclarations de command ont, au contraire, toujours la même publicité que l'acte anté-

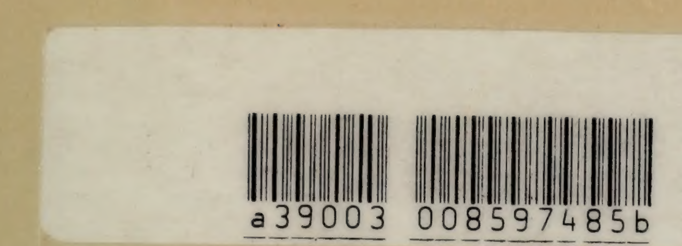
(1) TOULLIER, t. 8, n° 177.

rieur qui, sans en éprouver aucune altération dans sa substance, en contient lui-même le principe et en autorise formellement l'usage.



FIN DU CINQUIÈME VOLUME.

Limoges, imp. V H. Ducourtieux, 7, rue des Arènes.


a39003 008597485b

